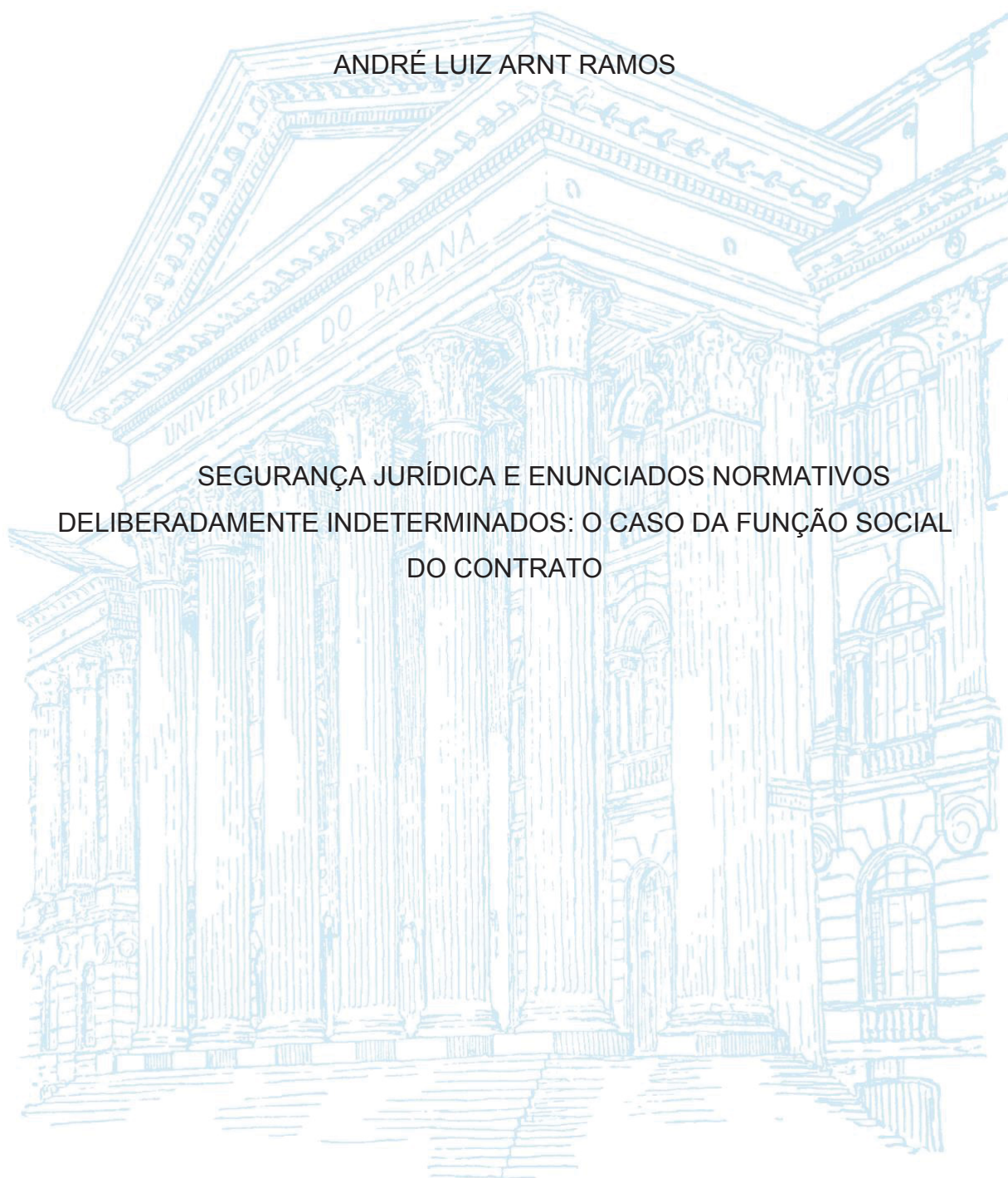


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS

SEGURANÇA JURÍDICA E ENUNCIADOS NORMATIVOS
DELIBERADAMENTE INDETERMINADOS: O CASO DA FUNÇÃO SOCIAL
DO CONTRATO



CURITIBA

2019

ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS

SEGURANÇA JURÍDICA E ENUNCIADOS NORMATIVOS
DELIBERADAMENTE INDETERMINADOS: O CASO DA FUNÇÃO SOCIAL
DO CONTRATO

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

2019

R175s

Ramos, André Luiz Arnt

Segurança jurídica e enunciados normativos
deliberadamente indeterminados: o caso da função social
do contrato / André Luiz Arnt Ramos; orientador: Eroulths
Cortiano Junior. – Curitiba, 2019.
228 p.

Bibliografia: p. 203-228.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná,
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação
em Direito. Curitiba, 2019.

1. Contratos. 2. Direito civil - Brasil. I. Cortiano Junior,
Eroulths. II. Título.

CDU 347.44

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS** intitulada: **SEGURANÇA JURÍDICA E ENUNCIADOS NORMATIVOS DELIBERADAMENTE INDETERMINADOS: O CASO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**, sob orientação do Prof. Dr. EROULTHS CORTIANO JUNIOR, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APRÓPRIA no rito de defesa. com laudo

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

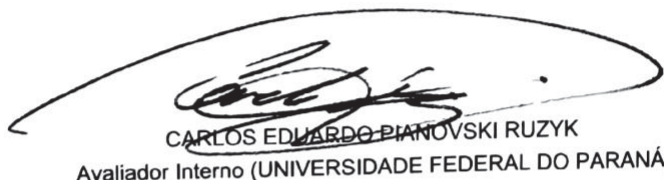
CURITIBA, 12 de Dezembro de 2019.



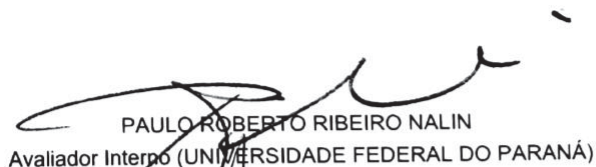
EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Presidente da Banca Examinadora



JOÃO RICARDO BRANDÃO AGUIRRE
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE)



CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



MARCOS JORGE CATALAN
Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE)



ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia doze de dezembro de dois mil e dezenove às 17:00 horas, na sala De Defesas (317), Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar - PPGD, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **ANDRÉ LUIZ ARNT RAMOS**, intitulada: **SEGURANÇA JURÍDICA E ENUNCIADOS NORMATIVOS DELIBERADAMENTE INDETERMINADOS: O CASO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**, sob orientação do Prof. Dr. EROULTHS CORTIANO JUNIOR. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná em DIREITO, foi constituída pelos seguintes Membros: EROULTHS CORTIANO JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JOÃO RICARDO BRANDÃO AGUIRRE (UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE), PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), MARCOS JORGE CATALAN (CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APRUVAR. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EROULTHS CORTIANO JUNIOR, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 12 de Dezembro de 2019.



EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Presidente da Banca Examinadora



JOÃO RICARDO BRANDÃO AGUIRRE
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE)



CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



MARCOS JORGE CATALAN
Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE)



AGRADECIMENTOS

Uma frase de Guimarães Rosa parece sempre ecoar nas salas e corredores da UFPR, ao menos para os pesquisadores do Grupo Virada de Copérnico: “A colheita é comum, mas o capinar é sozinho”. Costuma-se dizer que, naquele Grupo, a colheita e o capinar são comuns, pois os trabalhos se constroem sempre em esforços colaborativos. A escrita desta tese tem muito disso. Embora a natureza do trabalho imponha um capinar solitário, a semeadura e a colheita não o são. E é preciso render contas e agradecer àqueles que semearam inspirações, cultivaram interesses e, agora, participam da colheita dos resultados, embora modestos.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus familiares – professores, pesquisadores ou, pelo menos, incansáveis curiosos –, os quais oportunizaram o despertar para o mundo da pesquisa e da docência. Também pela permanente presença e pelo incansável apoio, em especial dos meus pais, Luiz e Lucia.

Sou muito agradecido, ainda, ao primeiro professor que vi entrar em uma sala de aula na Faculdade de Direito e patrono de minha turma de graduação: o professor Eroulths Cortiano Junior. Além de ter orientado esta pesquisa, supervisionou praticamente todos os meus trabalhos acadêmicos, deu-me grande apoio na advocacia e me encaminhou nos mais diversos grupos de juristas.

Ao PPGD/UFPR, pela oportunidade de perseverar nas atividades de pesquisa a despeito das circunstâncias e por propiciar experiências ímpares de aprendizado. Agradeço, especialmente, aos professores das disciplinas que cursei, pelas sempre argutas provocações e pelos interessantes *insights*, aproveitados na maior extensão possível ao longo da feitura deste estudo. Também aos servidores que, sempre solícitos, esclareceram dúvidas, explicaram procedimentos e ensinaram os caminhos para melhor aproveitamento do tempo no atendimento aos requisitos necessários ao doutoramento.

Ao PROEX/CAPES, pelo custeio de parte das despesas de minha viagem para Hamburgo, a qual foi fundamental para consolidação e aprofundamento da tese junto ao Instituto Max-Planck para Direito Comparado e Internacional

Privado. Também a este e seus pesquisadores, residentes ou visitantes, que, em interações formais e informais contribuíram para o desenrolar de meu trabalho. Mais especialmente, à Denise Wiedemann e ao Jan Peter Schmidt, por terem oportunizado a exposição de algumas ideias conexas a esta pesquisa na *Lateinamerika Runde*.

Aos meus alunos de graduação e de especialização e às instituições de ensino que confiaram em mim para aulas e atividades, pela oportunidade de continuar, permanentemente, a aprender.

Aos amigos e confrades estudiosos do Direito Civil, pela constante interlocução e pela amizade.

Aos meus colegas de advocacia, com quem compartilho angústias e alegrias, pela indispensável oxigenação da pesquisa pela sensibilidade que reclama a prática do Direito.

Aos professores integrantes das bancas de qualificação e de defesa deste trabalho, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Marcos Jorge Catalan e Rodrigo Luís Kanayama, Paulo Roberto Ribeiro Nalin e João Ricardo Brandão Aguirre, pelas valiosíssimas contribuições e recomendações.

À Gabriela, enfim, pelo amor, pela paciência e pela alegria de construirmos, juntos, um futuro comum.

*Watch what you say or they'll be
calling you a radical,
A liberal, fanatical, criminal.
Won't you sign up your name,
we'd like to feel you're acceptable.
Respectable, presentable, a
vegetable.*

Roger Hodgson

RESUMO

As democracias constitucionais contemporâneas têm a indeterminação normativa deliberada como traço marcante, inclusive e especialmente no que toca ao Direito Civil. Nelas, textos constitucionais e infraconstitucionais ostentam aberturas propositadas, que em muito diferem da contingencial textura aberta da linguagem, da qual parte a abordagem tradicional para a indeterminação normativa na Teoria do Direito. A observância do *iter* traçado por essa se revela, nesse contexto, perigoso, sobretudo por confiar a realização de um Direito que se pretende democrático à discricionariedade (arbitrariedade) de seus aplicadores. E as alternativas oferecidas pelo enfoque dito contemporâneo à questão não se têm mostrado suficientes, pois põem em risco a própria autonomia do Direito frente a outras ordens normativas ou padecem de inconveniências interpretativas que conduzem a dificuldades de aplicação. As consequências daí derivadas para o princípio da segurança jurídica são devastadoras, sendo ainda potencializadas pela predominância de acepções fragmentárias desta aspiração central do fenômeno jurídico. Diante deste pano de fundo, em obediência ao método hipotético-dedutivo e ao procedimento bibliográfico, a investigação buscou aportes para construir uma concepção de segurança jurídica unitária, abrangente e compatível com as demandas do tempo presente, com especial ênfase ao governo jurídico das relações entre particulares. Isto conduz à formulação da hipótese de que tal concepção se verte segundo parâmetros coerenciais e derrotáveis, de modo que a indeterminação normativa deliberada é antes uma oportunidade que um problema para a realização da segurança jurídica. A tese da segurança como coerência permite explorar o enunciado indeterminado *função social do contrato*, à luz do estado da questão na literatura jurídica especializada, que põe em evidência seu atrelamento à promoção de liberdades e das chamadas garantias institucionais. Por esta via e a um só tempo, a aplicação da segurança como coerência permite contrapor as hesitações que lhe cercam e as críticas que, em parte pelas fissuras do tratamento conferido à função social do contrato, são dirigidas ao essencialmente coerentista Direito Civil Contemporâneo.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Coerentismo derrotável. Direito Civil Contemporâneo. Função social do contrato.

ABSTRACT

Contemporary constitutional democracies share deliberate indeterminacy as a distinctive feature, especially in regard to Private Law issues. In this context, constitutional and statutory law bear an intentional openness, which radically differs from the unavoidable open texture of language addressed by positive Jurisprudence. The latter's allowance of judicial discretion (arbitrariness) shows somber tones particularly when related to enforcing democratic Law. And the alternatives sketched by so-called contemporary approaches to this matter have not yet proven sufficient, either for risking the autonomy of Law *vis-à-vis* other normative orders, or for suffering from interpretive inconveniences that trouble their application. The impacts thereof for the principle of legal certainty are devastating and further strengthened by the predominance of fragmentary conceptions of this regulative ideal in legal doctrine. Before this scenario and in obedience to the hypothetico-deductive method and to the bibliographic procedure, this study seeks for elements to construct a broad and unitary conception of legal certainty, which is compatible with the demands of contemporary Law, especially in relation to Private affairs. This leads to formulating the hypothesis that such conception stems from coherentist and defeasible parameters, which foster the assumption that deliberative normative indeterminacy is an opportunity to the fulfillment of legal certainty rather than a problem. The thesis of certainty as coherence, once formulated and justified, is applied to scrutinizing the deliberate indeterminate formula "social function of contract", in the light of the state of this question in legal scholarship, that emphasizes its connection to the promotion of liberties and of institutional rights. Such effort indicates that the application of certainty as coherence helps jurists to overcome most hesitations and criticism that, partially through the fractures of "social function of contract", challenge the essentially coherentist argument of the constitutionalization of Brazilian Private Law.

Keywords: Legal certainty. Defeasible coherentism. Contemporary Private Law. Social function of contract.

RESUMEN

Las democracias constitucionales actuales tienen la indeterminación normativa deliberada como característica tajante, inclusive y especialmente en relación con el Derecho Civil. En ellas, textos constitucionales e infra-constitucionales muestran aberturas intencionales, las cuales son muy diferentes de la inevitable textura del lenguaje de que parte la mirada tradicional a la indeterminación normativa en la Teoría del Derecho. La observancia del *iter* de esa se revela, en ese escenario, peligroso, especialmente por atribuir la realización de un Derecho pretensamente democrático a la discrecionalidad (arbitrariedad) de sus aplicadores. Y las alternativas ofrecidas por el enfoque dicho contemporáneo a la cuestión no se tienen mostrado suficientes, pues ponen en riesgo la propia autonomía del Derecho frente a otras ordenes normativas o padecen de inconveniencias interpretativas que conducen a dificultades de aplicación. Las consecuencias de eso para el principio de seguridad jurídicas son devastadoras y aún potencializadas por la predominancia de concepciones fragmentarias de esa aspiración central del Derecho. En tal contexto, en obediencia al método hipotético-deductivo y al procedimiento bibliográfico, esa investigación buscó elementos para construir una concepción unitaria y comprensiva de seguridad jurídica, la cual sea compatible con las demandas del tiempo presente, con especial énfasis al Derecho Privado. Eso lleva a la formulación de la hipótesis de que tal concepción se vierte según parámetros coherenciais y derrotables, de modo que la indeterminación intencional es antes una oportunidad que un problema para la realización de la seguridad jurídica. La tesis de la seguridad como coherencia permite explorar el enunciado indeterminado “función social del contrato”, en la luz del estado de la cuestión en la literatura especializada, la cual pone en evidencia su vinculación a la promoción de libertades y de las llamadas garantías institucionales. Por tal camino y a un solo golpe, la aplicación de la seguridad como coherencia permite enfrentar las hesitaciones que le cercan y las críticas que, en parte por las fracturas del tratamiento de la función social del contrato, son dirigidas al esencialmente coherentista Derecho Civil brasileño contemporáneo.

Palabras clave: Seguridad jurídica. Coherentismo derrotable. Derecho Civil contemporáneo. Función social del contrato.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

a. – Ano

Art. – Artigo

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)

BVerfG – Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemão)

CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

Cf. – Conferir

CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

Coord. – Coordenador ou coordenadora

Coords. – Coordenadores ou coordenadoras

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

e.g. – *Exempli gratia*

i.e. – *Id est*

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MP ou MPV – Medida Provisória

n. ou nº - Número

Org. – Organizador ou organizadora

Orgs. – Organizadores ou organizadoras

p. – Página

par. – Parágrafo

pp. – Páginas

PUCRS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais

UFPR – Universidade Federal do Paraná

UNESP – Universidade Estadual Paulista

USP – Universidade de São Paulo

V. – Ver, *versus* ou volume

v.g. – *Verbi gratia*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 ESPAÇO-TEMPO: O PROBLEMA DA SEGURANÇA NO DIREITO (CIVIL) BRASILEIRO EM CONTEXTO	22
1.1 A EMERGÊNCIA DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS (DELIBERADAMENTE) INDETERMINADOS NOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS	26
1.2 O DESMANCHE PROGRESSIVO DE FRONTEIRAS.....	38
1.3 SENTIDOS E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	55
2 SEGURANÇA JURÍDICA: UMA DEFINIÇÃO UNITÁRIA E COERENTE.....	81
2.1 INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM DO DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA.....	101
2.2 SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA NÃO SÃO ANTÍPODAS.....	113
2.3 INDETERMINAÇÃO DELIBERADA: UMA POSSIBILIDADE (NÃO UM PROBLEMA) PARA A SEGURANÇA JURÍDICA	127
3 IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO	141
3.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: PRIMEIROS LUSTROS.....	152
3.2 A REVOLTA DOS DÂNDIS.....	163
3.3 <i>ORDO AB CHAO</i> : SEGURANÇA COMO COERÊNCIA E O MOSAICO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	181
4 APONTAMENTOS CONCLUSIVOS.....	193
REFERÊNCIAS.....	199

INTRODUÇÃO

O Direito (Civil) Contemporâneo, na tradição jurídica Europeia-Continental, experimenta rupturas que o põem a meio caminho entre sonhos nobres e pesadelos¹. As pretensões modernas de sistematização, os postulados de racionalidade do *sistema* jurídico, o tradicional arrolamento de *fontes* do Direito e a herança profundamente asséptica da Jurisprudência dos Conceitos convulsionam frente às peculiaridades do *contemporâneo*². Demandas por pluralismo, justiça e segurança minam a higidez das amarras da *certeza jurídica*, que se desgastam frente à certeza da mudança. E as ferramentas tradicionais das Teorias do Direito se revelam insuficientes para atender aos anseios da Prática.

Teoria e Prática jurídicas, aliás, obstinadamente indiferentes (ou pior: desdenhosas) uma à outra, têm experimentado o amargor de suas insuficiências, ao se porem à margem da redenção de construções colaborativas e ao achego das trevas de inocuidades e platitudes. Assim é que sem tónus para justificar sua legitimidade, a Prática desfalece; e sem dinamicidade para imprimir consequências sensíveis, a Teoria se esvazia.

Nesta ordem de ideias, o mútuo respeito reverencial que Scialoja³ recomendava à Teoria e à Prática jurídicas parece implodido. Em seu lugar,

¹ A referência que se faz é ao conhecido texto em que Hart rebate as críticas de Dworkin, no sentido de que sua Teoria do Direito seria um pesadelo, por ser excessivamente simpática à *judicial discretion* frente ao problema da indeterminação da linguagem, com a ironia de que Dworkin seria apenas um nobre sonhador ao crer na exigência de que os juízes apliquem o Direito existente, e não o criem *ex nihilo*, mesmo em casos nos quais as normas jurídicas não oferecem guias para decisão. Cf.: HART, H. L. A. *American Jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream*. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

² Este contexto será melhor delimitado adiante. Para uma leitura panorâmica, v. CAROCCIA, F. *Rethinking the Juridical System. Systematic Approach, Systemic Approach and Interpretation of Law*. *Italian Law Journal*, v. 2, n. 1, pp. 65-85, 2016.

³ Diz ele: “É absolutamente necessário que teoria e prática não se mantenham distantes, com um senso de respeito reverencial uma relativamente à outra, porque o respeito referencial é prova de pouco conhecimento e de pouca familiaridade. É absolutamente necessário que teoria e prática reconstituam sua unidade, não só objetivamente, mas também no ânimo de cada um de nós.”. Tradução livre. No original: “È assolutamente necessario che teoria e pratica non si guardino da lontano con un senso di rispetto reverenziale l’una verso l’altra, quel rispetto reverenziale che probiene de poca conoscenza e de poca familiarità. È assolutamente necessario che teoria e pratica riconstituano la loro unità, non solo oggettivamente, ma anche n’l’animò di ciascuno di noi.” (SCIALOJA, V. *Diritto pratico e diritto teòrico*. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligationi*, v. IX, pp. 941-948, 1911, p. 941).

prevalece uma corruptela da instrução de Virgílio a Dante quanto às preocupações com as amargas almas que, após uma vida sem infâmia ou louvor, são os *marginais da sociedade cósmica*⁴: “*Non ragioniam di lor, ma guarda e passa*”. O restabelecimento de um diálogo contínuo, todavia, é fundamental, conforme reportado por vozes provenientes de ambos os *loci*. Não por acaso, Atienza e Manero, expoentes latinos da Teoria e da Filosofia do Direito, sinalizam uma espécie de *mea culpa* na apresentação de importante obra voltada à intersecção entre a *jurisprudencia* e a *Law in Action*. Eles dizem, muito singelamente, que se esforçam para que suas contribuições, malgrado sejam filósofos ou teóricos gerais do Direito, possam atingir mais amplamente a comunidade jurídica especializada⁵.

O divórcio entre o discurso dogmático – ou da *doutrina*⁶ – e o da Teoria do Direito é também denunciado em suas consequências deletérias por Martins-

⁴ A expressão é de Otto Maria Carpeaux, em ensaio que prefacia premiada edição brasileira da Divina Comédia – v. CARPEAUX, O. Sobre a Divina Comédia. In: ALIGHIERI, D. *A Divina Comédia*. Tradução, comentários e notas de Italo Eugenio Mauro. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 9. Os “marginais da sociedade cósmica” são assim referidos por que não merecem a acolhida do Paraíso, tampouco as agruras do Inferno, conforme anotado ao Canto III do livro que este nome leva: “E eu, co’ a cabeça já de horror tomada: ‘Que gente essa é’, indaguei, ‘nesse clamor,/que parece em sua dor tão derrotada?’./E ele: ‘As almas que vês nesse amargor,/são dos que têm no mundo – e ora deploram –/vívido sem infâmia e sem louvor./Co’ aqueles anjos vis agora moram/que a Deus não opuseram rebeldia/nem lhe foram fiéis, mas por si foram./O Céu exclui-os porque o aviltaria,/e o fundo Inferno também os proscreve,/que tê-los certa glória aos réus traria.” – ALIGHIERI, D. *A Divina Comédia*..., pp. 47-48.

⁵ São suas palavras: “O livro que escrevemos tem essa última circunstância muito em conta, e daí que tenha buscado fazer compatível nossa condição de filósofos ou teóricos gerais do Direito com o propósito de nos dirigir a um público amplo de juristas. Dedicamos, por isso, um considerável esforço em conhecer o que os dogmáticos do Direito (sobretudo civilistas e administrativistas) escreveram sobre essas figuras [dos ilícitos atípicos], de modo a confrontar tais escritos com nossas ideias. Por momento, pode parecer inclusive que o nível em que nos situamos é o da dogmática jurídica ou, se se prefere, o que se tem chamado de ‘alta dogmática’ (dito isso sem a menor pretensão de nossa parte, posto que a altura não significa profundidade, mas apenas nível de abstração). No entanto, nossa análise tem caráter mais reconstrutivo (e menos descritivo) do que se costuma encontrar nos estudos de dogmática jurídica sobre essas matérias” (ATIENZA, M. e MANERO, J. R. *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. Tradução de Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 14).

⁶ Etimologicamente, *doctrina* remete ao ensino (ou ao *docere*), mas seu uso pela Patrística a aproximou do sentido de *dogmática*: “Os antigos Pais da Igreja, no movimento conhecido como Patrística, elaboravam obras de doutrina para os recém-convertidos à fé verdadeira do Cristo. Eles escreviam a partir de seus ensinamentos nas pregações ao povo. Surge a noção da doutrina da igreja, os ensinamentos baseados na autoridade (moral e intelectual) dos homens que conviveram com Jesus ou com seus primeiros discípulos e, com base na sucessão apostólica, transmitiam essas verdades aos cristãos” (RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)*. In: MENDES, G. F. e STOCO, R. (Orgs.). *Doutrinas essenciais de Direito Civil: Parte Geral*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 832-833). Contemporaneamente, fala-se em doutrina como lição magisterial, vertida

Costa, especificamente com referência ao contexto da comunidade jurídica brasileira. Para ela, não se haveria que confundir *doutrina* com o *panorama viscoso* que se espraia pela civilística mediante a repetição de clichês e de adaptações ruins de metodologias empregadas nas Ciências Sociais. A perversão do sentido tradicional de doutrina pelo abismo da crise que ela teria cavado com seus pés, segundo Martins-Costa, traria consigo consequências nefastas para o Direito. Caberia, então, recobrar a dignidade da doutrina civilista, com a superação dos múltiplos fatores que contribuem para sua minimização na atualidade⁷.

A imperatividade do (re)estabelecimento do diálogo entre os *loci* do discurso jurídico, para além da abertura de Atienza e Manero e da dura, mas pertinente, crítica de Martins-Costa, é subscrita também por MacCormick, que, ao enaltecer o crescente interesse pela Teoria jurídica a nível global, manifestou, em entrevista a Atienza, estar sempre preocupado em escrever de modo a abordar problemas jurídicos reais, bem assim a recomendar uma tal aproximação a outros cultores do Direito⁸. Esta preocupação com a superação

em sentidos diversos que não convém aqui aprofundar, sendo certo, no entanto, que a conexão à ideia de *dogma* perde força, embora guarde pertinência com os vieses positivistas de que a comunidade jurídica ocidental é legatária, conforme aponta Irineu Strenger, ao relacionar dogmática e o dogmatismo de Comte (v. STRENGER, I. *Da dogmática jurídica*: contribuição do Conselheiro Ribas à dogmática do Direito Civil Brasileiro. 2ª Ed., revista e aumentada. São Paulo: LTr, 66). Neste trabalho, a expressão “doutrina”, sem prejuízo de outras que lhe façam as vezes, emprega-se para designar produções especializadas determinados setores do Direito (a exemplo do Direito Civil e do Direito Tributário), em oposição a “Teoria do Direito”, que se usa para assinalar preocupações de fundo e de maior abrangência.

⁷ Diz a pesquisadora: “O termo doutrina, na acepção tradicionalmente consagrada, é inconfundível com o ‘panorama viscoso’ hoje tristemente perspectivado em grande parte da doutrina civilista, entre nós ou alhures, em que se toma por doutrina ou uma algaravia divulgadora de clichês e temas da moda ou estudos empíricos mal copiados do que ocorre nas Ciências Sociais. (...) A crise é multicausal, resultando no esmaecimento da doutrina como autoridade epistemológica. Não é, porém, uma crise de simplista análise, pois permeada por paradoxos. A desimportância da doutrina convive com a produção expansiva de opinião publicada, irrelevante em termos de solidez construtiva, relevante por seus reflexos na formação de uma jurisprudência baseada nos chavões, de modo que ambas as características acabam por se mesclar. O nosso tempo de irreflexão e de imediatez faz confundir com doutrina jurídica qualquer opinião publicada (...). Para chegar-se a este cenário, há grandes e pequenas causas que se somam. Entre as multicausas do empobrecimento está a especialização (que fabrica o técnico, que fabrica, ele mesmo, a especialização); a confusão entre dogmática jurídica e descrição de trivialidades; o pluralismo epistemológico pós-moderno, em que a emissão de juízos de valor (...) é afastado em nome de um ‘tudo é igual’” (MARTINS-COSTA, J. Autoridade e utilidade da doutrina. In: MARTINS-COSTA, J. (Org). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 18-19).

⁸ Disse o professor de Edimburgo: “A teoria jurídica na Europa e em todo o mundo está mais excitante e mais amplamente debatida do que nunca antes. Minha crítica é que ela teve de se

das estranhezas entre Teoria e Prática Jurídicas constitui o móvel da investigação ora desenrolada.

Mais especificamente, perscruta-se, a partir de uma aproximação entre Teoria e Prática do Direito (Civil), o problema da segurança jurídica (ou do sentido de segurança jurídica *factível*) no contexto das democracias constitucionais do Segundo Pós-Guerra – com ênfase à experiência jurídica brasileira. Trata-se, em uma palavra, de discutir a segurança jurídica possível diante da profusão de enunciados normativos deliberadamente indeterminados⁹ – como formulações principiológicas¹⁰ e cláusulas gerais¹¹ –, que excedem os

converter em uma teoria que mira bem mais adentro e contribui menos do que deveria ao discurso racional dos juristas, tanto na academia quanto na prática. Por minha parte, sempre procurei escrever de uma maneira que o meu pensamento se refira a problemas jurídicos reais, e recomendo esta aproximação a outros cultores da matéria”. Tradução livre. No original: “*La teoría jurídica en Europa y en todo el mundo es más excitante y más ampliamente debatida de lo que nunca lo había sido antes. Mi crítica es que há tendido a convertirse en una teoría que mira más bien hacia adentro y contribuye menos de lo que debería al discurso general de los juristas, tanto en la academia como en la práctica. Por mi parte, siempre he procurado escribir de una manera que lo que pienso está referido a problemas jurídicos reales, y recomiendo esta aproximación a otros cultivadores de la materia*” (ATIENZA, M. Entrevista a Neil MacCormick. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 2, pp. 479-489, 2006, p. 489).

⁹ A leitura que aqui se volta à indeterminação intencional no governo jurídico das relações entre particulares encontra algum paralelo na investigação de Penteado acerca da indeterminação avençada em relações obrigacionais, como denuncia o seguinte excerto: “*Contratos incompletos são negócios jurídicos patrimoniais de natureza obrigacional em que o clausulado é insuficiente para solucionar as demandas das partes*. Esta insuficiência pode ser intencional ou não querida. O que importa é que o clausulado não baste para reger as vicissitudes por que passará o vínculo” (PENTEADO, L. C. *Integração de contratos incompletos*. Tese de Livre Docência. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2013, p. 32). Diante deste pano de fundo, o autor propõe aproximar os debates concernentes à indeterminação de enunciados normativos (faz referência, mais especificamente, às cláusulas gerais) e a correspondente temática da incompletude das cláusulas de um dado contrato.

¹⁰ Prefere-se o emprego desta expressão à simples menção aos princípios pelo fato de que estes podem constar de enunciados propositadamente “principiológicos”, bem como ser extraídos, por indução ou abdução, de outros enunciados normativos. *Formulações principiológicas*, então, correspondem (i) aos enunciados normativos que escancaradamente se prestam a consagrar princípios e (ii) às proposições formuladas a partir de conjunto(s) de enunciado(s), no curso ou ao termo de processos interpretativos, para efeito de inferência de determinado *princípio*.

¹¹ O sentido de cláusula geral é plúrimo, face à vacilância da comunidade jurídica quanto a seu emprego – usa-se o termo de modos sincronicamente diferentes, diacronicamente inconsistentes, singularmente indeterminados e, não raro, mutualmente incompatíveis. Nada obstante, é possível identificar os seguintes sentidos operativos, no escopo desta investigação: (i) “As cláusulas gerais são métodos de redação da norma, tornando vagos suporte fático e estatuição, de modo a permitir que a solução para situações captadas pela norma genericamente seja criada no ato adjudicativo, vez que a norma não a prevê de modo detalhado, mas apenas como padrão ou finalidade” (PENTEADO, L. C. *Integração de contratos incompletos...*, p. 52); e (ii) “cláusula geral é um termo ou sintagma de natureza avaliativa caracterizado pela indeterminação, pelo que o significado de tal termo ou sintagma não é determinável (ou, dito de outra maneira, as condições de aplicação do termo ou sintagma não são individualizáveis) senão mediante recurso a critérios potencialmente correntes”. Tradução livre. No original: “*la cláusula*

limites da abordagem centrada na textura aberta da linguagem jurídica¹², vocacionada à indeterminação não-deliberada. Esta investigação, então, desenha-se como de tipo jurídico-interpretativo e, nesta dimensão, propositivo¹³, nos esquadros de um modelo de análise plausível e justificável desde a perspectiva teórica, que é anterior à empírica¹⁴.

O desiderato de arrostar este tema-problema é perseguido mediante a delimitação da ambiência em que ele se insere, o que se faz a partir dos subsídios oferecidos por Pietro Costa e Maurizio Firoavanti, dentre outros historiadores do Direito com raízes no estilo fiorentino, quanto à travessia do Estado de Direito ao Estado Constitucional. Traçados os contornos do tempo e do ideário que se toma por referência, elege-se o aporte da Teoria e da Filosofia do Direito a presidir a construção da tese a se enunciar, o qual é erigido segundo vertentes analíticas do que se tem chamado de *coerentismo jurídico*, sob inspiração inicial dos escritos de MacCormick¹⁵, com diversos temperos

generale è un termini o sintagmi di natura valutativa caratterizzata da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagmi non sono individuabili) se non facendo ricorso a critério tra loro potenzialmente concorrenti" (VELLUZZI, V. *Le clausole generali: semântica e política del diritto*. Milão: Giuffrè, 2010, pp. 62-63). Cf., também: MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª Ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 145 e ss.

¹² Uma das preocupações fundamentais da chamada Escola Analítica do Direito corresponde ao problema da textura aberta da linguagem jurídica. Isto é: as expressões empregadas em enunciados normativos teriam uma zona de certeza positiva, uma zona de certeza negativa e uma zona de indeterminação, na qual o julgador deve ter consciência de que realiza um ato de escolha – e que este mira ao que *deve ser*, segundo uma avaliação de objetivos que integram, eles mesmos, o Direito que é. A propósito, cf. HART, H. L. A. *Positivism and the separation of law and Morals*. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Claredon Press, 1983.

¹³ Segundo Gustin e Fonseca: “O tipo jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo utiliza-se do procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis (...). o tipo jurídico-propositivo (...) destina-se ao questionamento de uma norma, de um conceito ou de uma instituição jurídica, com o objetivo de propor mudanças ou reformas concretas” (GUSTIN, M. B. S. e FONSECA, M. T. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: Teoria e Prática*. 4ª Ed., revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, pp. 28-29) – o que, dado o pertencimento da pesquisa em Direito ao campo maior das Ciências Sociais Aplicadas, parece não ser suficiente para, sozinho, caracterizar um tipo genérico de pesquisa.

¹⁴ Cf. LUZZATI, C. *El principio de autoridad y la autoridad de los principios: la genericidad del derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013, p. 65.

¹⁵ Especialmente a partir da obra *Retórica e Estado de Direito* (MACCORMICK, N. *Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008).

orientados à cunhagem de soluções autênticas e admissíveis no contexto da comunidade jurídica brasileira, para além do dominante senso comum teórico¹⁶.

Nesta ordem de ideias e como produto de uma crítica às concepções correntes na comunidade especializada, o sentido de segurança jurídica factível diante da profusão de enunciados deliberadamente indeterminados no contexto do Estado Constitucional se apresentará com um viés substancial e profundamente associado a demandas de *coerência*, sem fechamento à derrotabilidade. Enfim, o resultado desses esforços é aplicado a enunciado deliberadamente indeterminado recorrente na Teoria e na Prática do Direito Civil Contemporâneo: a *função social do contrato*, constante dos artigos 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.

Para construção do trabalho, que obedece ao procedimento bibliográfico, foram realizadas pesquisas *in loco*, entre os anos de 2017 e 2019, nas Bibliotecas da Universidade Federal do Paraná, da Universidade Positivo e do Instituto Max-Planck para Direito Comparado e Internacional Privado, as quais conferem acesso às bases de dados restritas *Journal Storage* (<http://jstor.org>), *HeinOnline* (<http://heinonline.org>), *Beck* (<http://beck-online.beck.de>) e *Thomson Reuters RTOline* (<https://revistadoatribunais.com.br>), sem prejuízo da consulta frequente a bases de dados públicas, como o Google Acadêmico (<http://scholar.google.com>), SciELO (<http://scielo.org>) e o Portal de Periódicos da CAPES (<http://periodicos.capes.gov.br>), bem assim à ampla rede de periódicos nacionais e estrangeiros com política de acesso livre (*open access*).

Muito embora parte significativa das leituras realizadas tenham se dado em suporte virtual, considerou-se dispensável, na quase totalidade dos casos, a transcrição *link* correspondente e da data de acesso, face à indicação completa dos elementos essenciais da identificação de fontes bibliográficas.

Deu-se preferência ao exame das versões originais dos materiais consultados, embora a indisponibilidade de certas obras ou a conveniência de

¹⁶ Os marcos aqui esboçados e seguidos ao longo do trabalho não excluem a oportunidade de leitura e eventual incorporação de contribuições de outros autores preocupados com o mesmo universo temático, a exemplo de Castanheira Neves (v., e.g., CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. 74, pp. 1-44, 1998, *passim*). O intento de evitar a incorrência em indesejados sincretismos, todavia, conduziu a sua não utilização direta na execução da pesquisa.

acesso prévio a tradução disponível para outro idioma dominado pelo autor tenha conduzido a algum desvio deste intento. Todas as citações diretas de textos em língua estrangeira são acompanhadas, em nota de rodapé, da transcrição do trecho original, para que seja possível controlar o sentido das palavras na fonte examinada, apesar da tradução livre realizada pelo autor.

Em observância ao método hipotético-dedutivo, que conduz o desenrolar deste estudo, o problema da segurança jurídica será identificado no contexto do Direito (Civil) Brasileiro contemporâneo, a partir de uma análise extensiva. Na sequência, formular-se-á claramente a hipótese do trabalho, de que o sentido factível de segurança jurídica frente à proliferação de enunciados deliberadamente indeterminados se dá em função de parâmetros coerenciais derrotáveis, de modo que aqueles são uma oportunidade de segurança, não um problema *tout court* – o que, por vias diversas, já fora encontrado pela Hermenêutica Jurídica¹⁷. Neste tópico, o trabalho adotará postura *normativa*¹⁸, sobre o pano de fundo da aproximação antes esboçada. Depois e finalmente, a hipótese será testada em relação ao enunciado deliberadamente indeterminado *função social do contrato*, dada sua centralidade e indisputável atualidade no contexto do contemporâneo Direito Civil Brasileiro, o que conduzirá à enunciação de apontamentos conclusivos.

¹⁷ Cf. STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 38-39.

¹⁸ Este traço é determinado pela qualidade da dúvida que se quer arrostar, a qual respeita ao *como* proceder diante de enunciados normativos intencionalmente indeterminados. A propósito da inevitabilidade dessa abordagem normativa, v. SCHIFFER, S. Philosophical and jurisprudential issues of vagueness. In: KEIL, G. e POSCHER, R. (Orgs.). *Vagueness and Law: Philosophical and Legal perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 27.

1 ESPAÇO-TEMPO: O PROBLEMA DA SEGURANÇA NO DIREITO (CIVIL) BRASILEIRO EM CONTEXTO

Os ordenamentos jurídicos integrantes da tradição continental experimentam, desde o segundo Pós-Guerra, o florescimento de um novo modelo de organização político-jurídica, consistente no constitucionalismo democrático, materializado no Estado Constitucional. Em relação ao modelo moderno de Estado de Direito¹⁹, trata-se de um renovado desenho, cuja pedra de toque “é uma democracia que se realiza com a promoção dos direitos fundamentais e invioláveis da pessoa”²⁰.

Mais que isso: esta forma de organização jurídico-política rompe com um modelo predominantemente procedimental de democracia, regido pelo princípio majoritário, para acolher uma dimensão substancial²¹. As Constituições deste tempo histórico que se descortina disciplinam tópicos indecidíveis; imunes, portanto, à ação erosiva dos poderes constituídos, mesmo que amparados em maiorias circunstanciais. E estes trunfos se materializam em textos proclamatórios da centralidade da pessoa humana e de suas posições jurídicas fundamentais, para além de aspectos inerentes à organização do Estado que em função daquela se instrumentaliza²². As enunciações de direitos

¹⁹ A opção por este recorte se deve ao fato de que, por razões históricas, “uma teorização acabada do sistema jurídico enquanto sistema normativo complexo não podia nascer senão de uma contínua reflexão sobre a formação do Estado moderno” (v. BOBBIO, N. *Estrutura e função na Teoria do Direito de Kelsen*. In: BOBBIO, N. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 112). No contexto do Direito e da Ciência Política brasileiros, são bastante usuais as referências aos modelos de Estado delineados por Bonavides – Estado Liberal e Estado Social (cf. BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, *passim*). Boa parte das referências indicadas ao longo deste trabalho, inclusive, valem-se dessas categorias. Opta-se, contudo, pela designação *Estado de Direito* e *Estado Constitucional* em virtude do maior distanciamento que promovem relativamente a intrincadas questões econômicas, bem assim por serem as designações acolhidas por Pietro Costa, que, com suas produções acerca da Democracia e de modelos de organização político-jurídica, constitui importante marco da presente tese.

²⁰ COSTA, P. *Democracia política e Estado Constitucional*. Tradução de Érica Hartmann. In: COSTA, P. *Soberania, representação, democracia: ensaios sobre a história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, pp.235-268, 2010.

²¹ A propósito, cf. RINCÓN-COVELLI, T. *El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia?* – A propósito de la transición uruguaya a la democracia. *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 14, n. 2, pp. 71-106, 2012, p. 91 e ss.

²² Bem nesta linha, Streck desta que se trata da: “construção de um novo modelo de Direito e de Estado. Mais do que um remédio contra maiorias – e veja-se que nem para isso o constitucionalismo de antanho havia servido, bastando, para tanto, pensar nas experiências

fundamentais, então, não se pretendem expressão da vontade do Estado, mas um vero e próprio *fundamento e condição de legitimidade* do ordenamento, segundo os quadros de referência do Direito positivo²³. Assim, como sustenta Cortiano Junior:

De um modo geral, a proteção do homem face aos desmandos e da violência do poder, constituído sob forma de Estado foi recepcionada pelas Constituições dos países democráticos. As Constituições do pós-Guerra, entretanto, vão mais longe: caracterizam-se por um compromisso político de proteção à pessoa humana, expressado nas chamadas cartas de direitos. (...) Note-se as Constituições alemã, portuguesa e italiana (para ficar apenas em alguns exemplos), todas fazendo remissão à dignidade do homem como informadora de todo o ordenamento jurídico. Não é diferente o caso brasileiro, onde a Constituição coloca como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)²⁴.

Este peculiar quadro institucional, de fato, é marca bastante característica das democracias ocidentais de meados do Século XX em diante, embora diferentes contextos tenham determinado tempos mais ou menos extensos para seu desabrochar e consolidação. Disto é sintomático o relato de Macario e Lobuono acerca do contexto Italiano, segundo o qual a Constituição de 1948 representou um importante passo rumo à superação do totalitarismo, embora tenha tardado a repercutir nos domínios da dogmática – o mesmo se tendo passado na Alemanha, onde o grande marco da chamada constitucionalização do Direito Privado, o julgamento do caso *Lüth* (1958) pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG), veio a lume quase uma década após o advento da Constituição de 1949:

fascista e nazista –, a Constituição passou a ser um modo de concretização de direito, o que representou, em outras palavras, ‘fazer democracia através [*sic*] do Direito’.” (STRECK, L. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, a. 1, n. 1, pp. 65-77, jan-jun 2009, p. 66).

²³ Costa é enfático ao afirmar que: “Não estamos diante de uma reedição do jusnaturalismo, porque os direitos de que falamos são direitos enunciados por um preciso texto jurídico-positivo, como a constituição. (...) Enquanto fundamentos do ordenamento, aqueles direitos parecem imutáveis, não modificáveis por golpes de maioria subtraídos ao campo do decidível” (COSTA, P. COSTA, P. A democracia após os ‘totalitarismos’ – a democracia constitucional na segunda metade do século XX. In: COSTA, P. Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora da UFPR, pp.279-289, 2012, pp. 283-284).

²⁴ CORTIANO JUNIOR, E. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: RAMOS, C. L. S., FACHIN, L. E. (Coord). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 36.

A crise do método dogmático, que se reflete no modo mesmo de entender as categorias jurídicas, chega à Itália sobretudo no segundo pós-guerra, mais precisamente ao fim dos anos 1950, quando eventos históricos e econômicos determinaram a progressiva afirmação de um pluralismo social, que corresponde a uma estrutura pluralística de interesses em conflito, que acabam mais e mais frequentemente por encontrar um momento de emersão sob o plano jurisprudencial²⁵.

O caráter repentino da afirmação da derrocada dos totalitarismos em prol de uma ordem democrática e pluralista decerto causa estranheza a setores atentos da literatura. Hespanha, ilustrativamente, chama atenção à “facilidade e a presteza com que a cultura jurídica do imediato pós-guerra se libertou da hipoteca fascista e se aprestou a cavalgar a onda democrática, sem sequer sujeitar a benefício de inventário o patrimônio conceitual herdado dos anos 30”²⁶. No contexto brasileiro, em que um regime autárquico também foi seguido pela promulgação de uma Constituição democrática, há olhares bastante céticos quanto aos festejos de seu caráter cidadão, como exemplifica Sundfeld:

na atualidade, o fenômeno constitucional brasileiro gira pela ação de três forças, felizmente bem distintas daquelas antigas: o sentimento constituinte, o constitucionalismo chapa branca e o compromisso com a governabilidade. Sustento que a Carta de 1988, para os homens do Direito, tem valido mais pela aura que por seus preceitos, que ela é uma Constituição chapa branca, não uma romântica Constituição-cidadã, e, ainda, que ela tem um potencial desestabilizador cuja superação tem dependido do compromisso com a governabilidade do meio político e dos Tribunais²⁷.

²⁵ Tradução livre. No original: “*La crisi del método dogmático, che si riflette nel modo stesso di intendere le categorie giuridiche, giunge in Italia soltanto nel secondo dopoguerra, più precisamente alla fine degli anni cinquanta, quando le vicende storiche ed economiche determinano la progressiva affermazione di un pluralismo sociale, cui corrisponde una struttura pluralistica di interessi in conflitto, che finiscono sempre più spesso per trovare un momento di emersione sul piano giurisprudenziale*” (MACARIO, F. e LOBUONO, M. *Il Diritto Civile nel Pensiero dei Giuristi: un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*. Milão: CEDAM, 2010, p. 364).

²⁶ HESPANHA, A. M. Os modelos jurídicos do Liberalismo, do Fascismo e do Estado Social. Continuidades e rupturas. *Análise Social*, v. 37, n. 165, pp. 1285-1302, 2003, p. 1294-1295.

²⁷ SUNDFELD, C. A. Que Constituição? In: SUNDFELD, C. A. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 49.

Na historiografia jurídica contemporânea, todavia, é forte a orientação de que no espaço-tempo do Ocidente – a principiar pela Europa e depois se irradiar para antigos domínios coloniais que seguem o modelo Europeu continental – do Segundo Pós-Guerra, começou uma travessia marginada por dois modelos constitucionais²⁸: de um lado, o moderno Estado de Direito; de outro, o contemporâneo Estado Constitucional²⁹. Esta travessia é timbrada por quatro viragens fundamentais, intimamente relacionadas aos problemas hodiernamente enfrentados pela Teoria e pela Prática do Direito, e encontra-se ainda em curso, como enfatiza Fioravanti:

É bem verdade, historicamente, que uma grande transformação – uma só, em vários níveis – teve início em meados do século passado, expressando-se, em primeiro lugar, nas Constituições do pós-guerra, passando, em seguida, por sua difícil implementação e, por fim, através da atual e difícil passagem da Europa. É um movimento único, com altos e baixos, e não a sucessão esquizofrênica de soluções opostas. Mas, acima de tudo, é uma transformação ainda em curso e que (...) tem uma importância não inferior àquela que a precedeu. O que estamos testemunhando é uma luta pela afirmação de um novo tipo histórico de democracia, a democracia constitucional, fundada sobre os direitos da pessoa, que, por sua vez, fundam-se na supremacia da Constituição³⁰.

A situação do mote deste trabalho, portanto, é a-caminho (*Unterwegs*), não linear e recorrentemente turbulenta³¹.

²⁸ “Por ‘modelo constitucional’, queremos dizer o conjunto de crenças médias, dos intérpretes, da classe política e dos cidadãos, a determinar a vida concreta da Constituição, dando-lhe significado”. Tradução livre. No original: “*Per ‘modello costituzionale’ intendiamo quel l’insieme di convinzioni medie, degli interpreti, della classe politica, degli stessi cittadini, che determinano la vita concreta della Costituzione, attribuendole un significato prevalente*” (FIORAVANTI, M. La trasformazione del modelo costituzionale. *Studi Storici*, a.42, n.4, pp.813-825, out-dez/2001, p. 814).

²⁹ V., nesta linha: COSTA, P. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, P. e ZOLO, D. (Orgs). O Estado de Direito: história, teoria, crítica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, pp.95-198, 2006.

³⁰ FIORAVANTI, M. Público e Privado: Os Princípios Fundamentais da Constituição Democrática. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, n. 58, pp.7-24, 2013.

³¹ Fachin, tomando como metáfora a célebre advertência aos usuários do metrô de Londres, discute os espaços entre o Direito (ou o Estado) e a sociedade. A mesma alegoria é aqui adotada, no sentido de dizer que “quase sempre há duas margens ou bordas, com uma certa distância ente elas”. Tradução livre. No original: “*there are almost always two edges or margins, with a certain distance between them*” (FACHIN, L. E. Mind the gap between the new portfolio and the so-called old systems. *Civilistica.com*, a. 2, n. 1, 2013, p. 2).

Esta seção se dedica à exposição, ainda que panorâmica, dessas viragens, com o propósito de delimitar o contexto do problema do sentido possível de segurança jurídica frente a enunciados normativos (deliberadamente) indeterminados. Todas e cada uma delas são decisivas ao desenrolar da travessia para o Estado Constitucional. Nada obstante, dados os necessários recortes de uma delimitação contextual que serve a um propósito bastante específico, algumas – nomeadamente a primeira e a última – receberão tratamento mais extensivo que as demais. Ao final, delineiam-se as mediações necessárias ao enfrentamento do tema deste trabalho nos esquadros do Direito Civil Brasileiro contemporâneo.

1.1 A EMERGÊNCIA DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS (DELIBERADAMENTE) INDETERMINADOS NOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS

A primeira e talvez mais decisiva das viragens que timbram este movimento tem com a técnica legislativa empregada na redação dos textos constitucionais³². É que, juntamente com a afirmação desses como continentes de uma ordem de Direitos, em vez de uma carta política ou de um organograma dos poderes constituídos, veio uma maior frequência no recurso a formulações intencionalmente indeterminadas³³. Isto é: a textos normativos redigidos de

³² Diversos foram os movimentos e escolas que ora propugnam ou propugnaram diferentes níveis de relação entre o Direito e a linguagem empregada na redação de seus textos. Nada obstante o tema seja interessante e correlato à abordagem proposta neste trabalho, seu escrutínio não é compatível com o recorte proposto. Para uma interessante leitura de diversos de seus aspectos, v. BUSTAMANTE, T. R. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

³³ Neste giro: “A Carta atual possui enorme quantidade de dispositivos, uns mais, outros menos normativamente densos, sobre objetivos e posições que orientam e mesmo limitam o conteúdo das decisões políticas das maiorias de cada tempo. São princípios e regras essenciais (...), todos exigindo do Estado o compromisso com o desenvolvimento da pessoa humana em bases livres e igualitárias. Sem dúvida, o Brasil abandonou a tradição de Constituição centrada na estruturação do poder estatal, mais voltada à organização e distribuição dos poderes do Estado, e apresentou modelo de norma dirigida especialmente à promoção dos direitos fundamentais e dotada de mecanismos que visam [sic] protegê-los. Esse padrão, aos poucos, transformou não apenas o ordenamento jurídico, mas também as relações institucionais e sociais, além do próprio modo de entender o direito” (MELO, M. A. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. In: MIRANDA, J., BOLZAN DE MORAIS, J. L., RODRIGUES, S. T. e MARTÍN, N. B. (Coords). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 20).

modo subdeterminado, sem a assunção do custo de oportunidade e do custo de decisão inerentes à precisão do sentido da normativa almejada³⁴ – a qual se dará, propriamente, em sua interpretação e aplicação³⁵. Por outras palavras, trata-se dos enunciados normativos elaborados não com o objetivo de delimitar precisamente fatos operativos e consequências normativas, mas com o intento de ostentar vagueza e genericidade³⁶, para além da generalidade própria às regras (ou aos enunciados normativos pretensamente determinados).

A primazia das regras e de sua pretensa determinabilidade, então e sobretudo na esfera constitucional, cede espaço para a ascendência dos princípios. E isto se espraia também pela ordem infraconstitucional, com a profusão não apenas de formulações principiológicas, como também de cláusulas gerais.

Neves, neste quadrante e com destaque ao contexto brasileiro, relata a tomada da comunidade jurídica especializada por um fascínio pela principiologia constitucional. O autor registra que este fenômeno seria associável, simplesmente, “aos processos de democratização e constitucionalização que, no último quartel do século XX, ocorreram na América Latina em geral e no Brasil

³⁴ V. POSCHER, R. An intentionalist account of vagueness: a Legal perspective. In: KEIL, G. e POSCHER, R. (Orgs.). *Vagueness and Law: Philosophical and Legal perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 75 e 88.

³⁵ A propósito: “O legislador deve usar termos vagos para se desonerar do fardo da precisão, primariamente em prol das Cortes, que lidarão com ela por meio da construção jurídica em bases casuísticas”. Tradução livre. No original: “*The legislator must use vague terms to unload the burden of precisification first onto the courts, which will deal with it by means of legal construction on a case-by-case basis*” (POSCHER, R. An intentionalist account of vagueness..., p. 76).

³⁶ A distinção é esclarecida por Luzzati: “a *vagueza* é uma incerteza concernente às margens de um conceito. Dá-se *vagueza* quando se apresentam casos limítrofes (*borderline cases*) que não somos capazes de assinalar a uma dada classe nem ao seu complemento. A incerteza não depende de uma carência de informação, as das regras linguísticas”, enquanto “A *genericidade* é um fenômeno bem diferente da *vagueza*. Enquanto uma asserção vaga é uma asserção *indecidível*, que não podemos saber se é verdadeira ou falsa, uma asserção genérica é *decidível*, é mais, *muito frequentemente pode ser verdadeira*, mas o será sempre de modo banal, *pouco informativo*”. Tradução livre. No original: “*la vaguedad es una incerteza concerniente a los márgenes de un concepto. Se da vaguedad cuando se presentan casos limítrofes (borderline cases) que no somos capaces de asignar a una clase dada ni a su complemento. La incerteza no depende de una carencia de información, sino de las reglas lingüísticas.*” e “*La genericidad es un fenómeno bien diferente de la vaguedad. Mientras que una aserción vaga es una aserción indecible, que no podemos saber si es verdadera o falsa, una aserción genérica es decidible, es más, muy a menudo puede ser verdadera, pero lo será siempre de un modo banal, poco informativo*” (LUZZATI, C. *El principio de autoridad y la autoridad de los principios...*, pp. 20-21).

em especial, após um período de regimes autoritários com efeitos desastrosos sobre as liberdades civis e políticas”³⁷.

As formulações de princípio caras às democracias constitucionais transcendem a batida acepção de *princípios gerais do Direito* e despertam acalentadas discussões entre Teorias do Direito de diversas linhagens. Isto, particularmente, no que toca ao sentido de *princípio vis-a-vis* o de *regra*. O espectro de entendimentos acerca do sentido daqueles é bastante amplo, mas pode ser sintetizado em cinco vertentes: (i) princípios são fatores de colmatação de lacunas do sistema jurídico; (ii) princípios são valores (ou a positivação de valores); (iii) princípios são normas jurídicas vinculantes que diferem ôntica- e estruturalmente das regras; (iv) princípios são normas jurídicas vinculantes que diferem das regras em dimensão fenomenológica; e (v) princípios são normas jurídicas vinculantes que diferem das regras em grau de determinação textual.

A primeira acepção de princípio coincide com a preocupação do legislador brasileiro com o *non liquet*, externada no texto do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”³⁸. Esta leitura, salta aos olhos, é inerente a uma acepção de Direito muito própria do século XIX e início do século XX, ancorada na centralidade da Lei, no fechamento do sistema jurídico, em uma concepção bastante estrita (e estanque) da separação de poderes e em recaídas de uma mal resolvida ruptura com o Direito natural³⁹. Nela, o sistema se posiciona como um *prius* à interpretação, embora dela prescindida, sobretudo quando *o texto da norma foi suficientemente claro*. Somente em caso de dúvida, nesta ordem de ideias, é

³⁷ NEVES, M. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 171.

³⁸ Havia previsão semelhante no revogado Código de Processo Civil de 1973: “Art. 126. Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais ou costumeiras; nos casos omissos recorrerá à analogia, e aos princípios gerais de direito” – dispositivo que, ainda em 1973, teve sua redação alterada pela Lei número 5.925 para: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Há correspondentes também na Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 8º), no Código Tributário Nacional (artigo 108) e no Código de Processo Penal (artigo 3º).

³⁹ V., a propósito: VILLELA, J. B. O problema das lacunas do Ordenamento Jurídico e os métodos para resolvê-lo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 12, pp. 221-230, 1961, pp. 227-228.

que o intérprete estaria autorizado a usar conexões lógicas entre as diversas regras jurídicas, inclusive para expandir o horizonte de sentido de determinadas palavras; sempre em estrita observância ao modelo teórico em referência. Não é diferente o parecer de Maximiliano:

Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas ideias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica. Se é deficiente o repositório de normas, se não oferece, explícita ou implicitamente, e nem sequer por analogia, o meio de regular ou resolver um caso concreto, o estudioso, o magistrado ou funcionário administrativo como que renova, em sentido inverso, o trabalho do legislador: este procede de cima para baixo, do geral ao particular; sobe aquele gradativamente, por indução, da ideia em foco para outra mais elevada, prossegue em generalizações sucessivas, e cada vez mais amplas, até encontrar a solução colimada. (...)

Recorre o aplicador do texto aos princípios gerais: a) de um instituto jurídico; b) de vários institutos afins; c) de uma parte do Direito Privado (Civil ou Comercial); ou de uma parte do Direito Público (Constitucional, Administrativo, Internacional, etc.); d) de todo o Direito Privado, ou de todo o Direito Público; e) do Direito Positivo, inteiro; f) e, finalmente, do Direito em sua plenitude, sem distinção nenhuma. Vai-se gradativamente, do menos ao mais geral: quanto menor for a amplitude, o raio de domínio adaptável à espécie, menor será a possibilidade de falhar o processo indutivo, mais fácil e segura a aplicação à hipótese controvertida⁴⁰.

É o sistema que assegura o sucesso desta operação, ao estabelecer a conexão recíproca e coerente entre textos normativos, bem assim a possibilidade de encontrar os *princípios*, que seriam os últimos bastiões desta coerência normativa⁴¹.

Esta acepção de princípio, colhida do *establishment* circundante ao alvorecer do Código dos Franceses, encontra reforço nas preocupações da nascente ciência jurídica alemã com a *lógica material* do sistema jurídico. A conhecida jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) alça a doutrina (e a interpretação) ao patamar de *terceira fonte do Direito*, ao propor um rigoroso

⁴⁰ MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 265.

⁴¹ Cf. CAROCCIA, F. Rethinking the Juridical System. Systematic Approach, Systemic Approach and Interpretation of Law. *Italian Law Journal*, v. 2, n. 1, pp. 65-85, 2016, p. 69.

esquema de derivações conceituais – axiologicamente neutras, destarte⁴². À parte o aceno para o caráter construtivo da interpretação, este ideário a circunscreve a uma comunidade bastante restrita de intérpretes autorizados – insuscetível de controle, portanto⁴³.

Muito embora referendada pela comunidade jurídica brasileira dos novecentos⁴⁴, a acepção de princípio (geral) daí decorrente não sobreviveu a mudanças sociodemográficas e, sobretudo, constitucionais. A progressiva divisão do trabalho, conquistas igualitárias e a fratura dos moldes de uma sociedade predominantemente agrária conduziram a um certo descolamento do Direito em relação à realidade – ou a um aumento do *gap* entre eles⁴⁵. E estes ruídos foram enormemente potencializados, já ao fim do Século, pela promulgação de uma Constituição que alberga princípios avessos à clausura conceitual dos *princípios gerais*⁴⁶.

“Uma Constituição nova exige novos modos de análise”⁴⁷, diz, com razão, Streck. As similitudes entre o nascente texto constitucional brasileiro e o das Constituições que eclodiram na Europa pós-bélica, assim como na América Latina e em outros antigos domínios coloniais, levou a uma busca saudável por inspiração em teorias estrangeiras. A leitura e a sucessiva importação dessas teorias, contudo, deu-se de modo distorcido.

⁴² A propósito, Maranhão pontua que: “Evoluiu-se, assim, [da Escola Histórica] para a chamada “jurisprudência dos conceitos” (*Begriffsjurisprudenz*) de Puchta, Gerber, Laband e do primeiro Jhering. Circunscrevia-se o direito a uma discussão sobre conceitos e institutos jurídicos fundamentais *construídos* (ou criados) pela ciência, a partir do material jurídico disponível, dos quais seria possível extrair de forma unívoca, pela “sistematização” e “dedução lógica”, as normas gerais a serem utilizadas para solucionar casos concretos por subsunção.” (MARANHÃO, J. S. A. *A Lógica no Direito: grandes expectativas e algumas desilusões*. In: MARANHÃO, J. S. A. *Estudos sobre Lógica e Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 218-219).

⁴³ Cf. CAROCCIA, F. *Rethinking the Juridical System. Systematic Approach, Systemic Approach and Interpretation of Law...*, p. 71.

⁴⁴ Cf.: MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito...*, pp. 265-272, e SOUZA, C. F. M. Princípios gerais de direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 152, pp. 103-114, out./dez. 2001, *passim*.

⁴⁵ Cf. FACHIN, L. E. Mind the gap between the new portfolio and the so-called old systems..., pp. 3 e ss.

⁴⁶ A compatibilidade mesma dos princípios gerais de Direito, caros à privatística, com o Direito Constitucional era posta em questão pela literatura especializada – cf. SALDANHA, N. O Direito Constitucional comporta “princípios gerais”? *Revista de Direito Público e Ciência Política*, v. VIII, n. 2, 127-133, mai-ago 1965.

⁴⁷ STRECK, L. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, pp. 2-37, jul-dez 2011, p. 8.

A primeira das importações teve por objeto a chamada jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*), fruto do aprofundamento da jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*) na Alemanha da primeira metade do Século XX. Esta corrente teórica, que se ocupa do conhecimento prático⁴⁸, desafia a fiança da jurisprudência dos conceitos nos rigores de derivações conceituais, em prol do vislumbre de que as normas jurídicas servem à pacificação de conflitos de interesses⁴⁹ – i.e.: necessidades e tendências disseminadas pela comunidade – os quais “não são abstrações, mas fatos (...) e a causa eficiente de acontecimentos”⁵⁰ – por meio de uma espécie de balanceamento (*Abwägung*). Destarte, as normas jurídicas não deveriam ser interpretadas segundo tabelas de verdade, mas em contraste com a escala de valores refletidos na ordem jurídica. É dizer: “a partir de então, o escopo social do Direito não tinha importância apenas secundária em sua interpretação, mas constituía o ponto de maior importância, à frente de todos os critérios formais da construção jurídica”⁵¹.

A jurisprudência dos valores, como indicado, nada é além de um desenvolvimento ulterior da jurisprudência dos interesses – a expressão “*Wertungsjurisprudenz*”, inclusive, foi cunhada pelo próprio Heck –, pelas penas de Binder e, sobretudo, de Stoll, que a alçou a ideia de justiça à condição de pedra angular do sentido judicial do Direito, conforme indicado por comentadores⁵². Após a sucessão de graves intercorrências e perversões do Direito (especialmente Civil) alemão sob o regime nacional-socialista, e o

⁴⁸ Cf. MANEGOLD, J. v. Methode und Zivilrecht bei Philip Heck. In: RÜCKERT, J. e SEINECKE, R. (Orgs.). *Methodik des Zivilrechts*: von Savigny bis Teubner. 3ª Ed, aumentada. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 179.

⁴⁹ Esta é apenas *uma* das estratégias possíveis na discussão do esgotamento da jurisprudência dos conceitos. Para uma leitura extensiva e esclarecedora da riquíssima questão do método na civilística alemã, cf. HAFERKAMP, H. P. On the German history of method in five systems. *The German Law Journal*, v. 17, n. 4, pp. 544-578, 2016, *passim*.

⁵⁰ TITIRIGA, R. The “Jurisprudence of Interests” (*Interessenjurisprudenz*) from Germany: history, accomplishments, evaluation. *International Journal of Law, Language and Discourse*, v. 3, n. 1, pp. 55-78, 2013, p. 68.

⁵¹ Tradução livre. No original: “*Der soziale Zweck des Rechts sei fortan bei der Auslegung und Anwendung des Rechts nicht nur von sekundärer Bedeutung gewesen, sondern vor allen formalen Kriterien der juristischen Konstruktion der primäre Gesichtspunkt, an dem sich Jurisprudenz und Rechtspraxis orientieren müssten*” (MANEGOLD, J. v. Methode und Zivilrecht bei Philip Heck..., pp. 197-198).

⁵² Cf. HAFERKAMP, H. P. On the German history of method in Civil Law in five systems..., p. 553.

advento da Constituição de Bonn, em 1949, tal argumento foi repristinado, agora em correlação estreita com uma dita *ordem objetiva de valores constitucionais*⁵³. Assim é que se imbricou aos primórdios da conformação do argumento por um Direito Civil-Constitucional⁵⁴. Aspectos desta versão da jurisprudência dos valores é que foram trasladados para o contexto brasileiro pós-1988: “Da jurisprudência dos valores os teóricos brasileiros (...) tomaram emprestado a tese principal (...) de que ‘a Constituição é uma ordem concreta de valores’, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores”⁵⁵.

Os princípios, nesta mirada, configurariam a expressão jurídica (normativa) de valores⁵⁶, os quais, inter-relacionados em um complexo jogo de equilíbrio, dariam sustentação ao Direito vigente. Disso é emblemático o parecer de Bodin de Moraes:

Se o Estado de Direito, iluminista e racional, mostrou-se insuficiente para a proteção da coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, e rumar em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados. Tais princípios, que consubstanciam valores, tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrárias ou injustas, modificando-as para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na

⁵³ Cf. HAFERKAMP, H. P. On the German history of method in Civil Law in five systems..., p. 569.

⁵⁴ Diz, neste giro, Perlingieri: “A jurisprudência dos valores constitui, sim, a natural continuação da jurisprudência dos interesses, mas com maiores aberturas para com as exigências de reconstrução de um sistema de ‘Direito Civil constitucional’, enquanto idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em atuação dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência” (*Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª Ed., 2002, p. 32).

⁵⁵ STRECK, L. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*..., p. 10.

⁵⁶ Este argumento é desenvolvido por Perlingieri, cuja obra é, talvez, a maior referência estrangeira da doutrina brasileira do Direito Civil-Constitucional. Diz ele, em texto recente: “Na verdade, contudo, enquanto um princípio jurídico é uma norma (...) também o valor que é [por ele] incorporado à ordem jurídica não é puramente um ‘valor’ capaz de exercer influência apenas como guia, mas também uma norma e, como tal, um princípio. (...) Acima de tudo, princípios constitucionais constituem a formalização normativa de valores.”. Tradução livre. No original: “*In actual fact, however, whilst a legal principle is a norm (...) so too a value that is incorporated into the legal order ‘is not a pure ‘value’ capable of exerting influence merely through guidance’, but also norm and as such a principle. (...) Above all constitutional principles constitute the normative formalization of values*” (PERLINGIERI, P. Legal principles and values. *Italian Law Journal*, n. 3, pp. 125-147, 2017, pp. 126-127).

atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, isto é, o valor da dignidade da pessoa humana⁵⁷.

Esta ordem de ideias põe o jurista (e, mais importante, o cidadão) diante do grave problema da incontabilidade dos valores⁵⁸ – de ordem axiológica, que se opõe à qualidade *deontológica* dos princípios – e de sua consequente fragilidade para balizar a tomada de decisões jurídicas⁵⁹.

Embora nem sempre explicitado, o problema de que se está a falar remete não às agitações superficiais nas águas da experiência jurídica, mas às correntes profundas que determinam seu movimento: a ordem de valores conformadora da matriz constitucional-democrática refletiria *concepções axiológicas do povo, ao tempo da promulgação da Constituição*⁶⁰.

Isto conduz à questão de saber *quem é o intérprete autorizado de tais concepções*, para além da discussão quanto à valia (ou desvalia) dos valores nas discussões jurídicas. E esse desafio, já presente no contexto da Escola Histórica, remete a problemas contemporâneos bastante sensíveis, atinentes justamente aos traços *democráticos* das democracias constitucionais.

No Direito brasileiro, particularmente, uma leitura enviesada da construção teórica da Jurisprudência dos Valores tomou proporções

⁵⁷ BODIN DE MORAES, M. C. Constituição e direito civil: tendências. In: BODIN DE MORAES, M. C. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 40.

⁵⁸ Cf. GRAU, E. *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8ª Ed. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p.123.

⁵⁹ É emblemático o parecer recente de Grau acerca dos riscos daí derivados: “A partir da segunda metade dos anos 1980 (...) passamos a ser vítimas dos *princípios* e dos *valores*. (...) Aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de ‘princípios’ e praticam – fazem-no cotidianamente” – os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis. Insisto neste ponto: os juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (...). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na *ponderação* entre princípios – isto é, na *arbitrária formulação de juízos de valor* –, a *segurança jurídica* estará sendo despedaçada!” (GRAU, E. *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*..., pp. 23-24).

⁶⁰ Como se reiterará de modo mais enfático ao longo de todo o texto, esta posição não é admitida pelo presente trabalho. Aliás, sequer se coaduna a um Direito de cariz democrático escolado nas perversões do Século XX.

indesejadas⁶¹, as quais findam, em síntese, por cunhar um cenário que beira a distopia, conforme anotado por Streck:

“Positivização dos valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação” (*sic*), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (*sic*), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para resolver os casos difíceis ou “corrigir” (*sic*) as incertezas da linguagem⁶².

O flerte que tal perspectiva axiológica estabelece com a incontrollabilidade (e com a arbitrariedade, portanto) é arrostado por uma outra (má) importação teórica. Nominalmente: da Teoria dos Princípios de Alexy, embora, estranhamente, sem uma aberta acolhida a sua Teoria da Argumentação Jurídica. Nesta linha, princípios e regras são contrastados como estruturas normativas inteiramente distintas, aplicáveis mediante métodos igualmente diversos: ponderação e subsunção, respectivamente.

Alguns aspectos controversos da teoria de Alexy serão abordados adiante, bastando, por ora, assinalar que, no contexto brasileiro, a enviesada e fragmentária importação de algumas seções suas, especialmente em correlação à Jurisprudência dos Valores, tem conduzido a resultados desastrosos, na medida em que o panorama constitucional brasileiro seria, no dizer de Neves, dominado pela *compulsão predadora* de uma ponderação sem limites, a irradiar efeitos deletérios à autonomia e ao mútuo condicionamento entre política e Direito na ambiência das democracias constitucionais. E isso seria bem mais

⁶¹ É o que revela Rodrigues Junior, ao comentar o julgamento do célebre caso *Lüth*: “O tribunal passa a se referir à necessidade de proceder a uma ponderação de interesses ou bens jurídicos. Em alemão, usa-se a palavra *Güterabwägung*. Na literatura e na jurisprudência brasileiras, a forma mais simples *Abwägung*, ora traduzida por ponderação, ora por balanceamento, assumiu proporções de uma verdadeira erva daninha. Não por conta de seu sentido técnico, que é importante para diversas teorias discursivas contemporâneas, especialmente a de Robert Alexy, mas pelo que dela fizeram” (RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Direito Civil Contemporâneo*: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 263).

⁶² STRECK, L. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, pp. 7-21, abr-jun 2012, p. 8.

problemático que as perceptíveis inclinações à absolutização de princípios em detrimento de normativas mais específicas⁶³.

Estes efeitos devastadores são coincidentes justamente com a arbitrariedade e o decisionismo que Alexy se propõe a combater mediante a formulação das regras da argumentação jurídica.

Outro sentido de princípio é sustentado pela Crítica Hermenêutica do Direito, particularmente pela pena de Streck, que mescla leituras de Dworkin e Gadamer. Nela, princípios aparecem como a representação de uma comunidade de princípios; como a institucionalização do mundo prático no Direito e, portanto, como a chave para aliviar as tensões entre constitucionalismo e democracia, na medida em que constroem tomadores de decisão a exarar respostas corretas (ou *adequadas*). A normatividade dos princípios, nesta ordem de ideias:

emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nesta perspectiva, são *vivenciados* (“facticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É *exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade*. (...) a Constituição é considerada materialmente legítima justamente porque fez constar em seu texto toda uma carta principiológica que já se manifestava *praticamente* no seio de nossa *comum-unidade*⁶⁴.

Princípios e o mundo da convivência, portanto, seriam indelevelmente amalgamados. E o Direito, como fenômeno de raiz profundamente social e histórica, constituir-se-ia a partir (e em função) dos princípios. Estes, então e apesar da formulação tendencialmente indeterminada (desprovida da estrutura condicional usualmente atribuída às regras), implicariam um fechamento do (ao) Direito: decisões jurídicas somente serão jurídicas se estiverem adequadas (*fit*) ao todo conjuntural da comunidade de princípios. A contribuição da hermenêutica gadameriana a essa mediação de Dworkin recai sobre o *quid* das exigências daí decorrentes, as quais são muito mais fortes que o componente persuasivo próprio da argumentação: “na hermenêutica, esse caráter persuasivo

⁶³ V. NEVES, M. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico...*, p. 194.

⁶⁴ STRECK, L. L. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 577.

é afastado no momento em que o acesso à verdade é buscado de um modo originário e concreto – no âmbito das estruturas de sentido do *logos hermenêutico*. Em lugar do melhor argumento, o argumento verdadeiro”⁶⁵. Muito embora a Crítica Hermenêutica do Direito dê suporte a boa parte das conclusões deste trabalho, os recursos a seu instrumental serão pontuais; dá-se preferência, pela precisão da linguagem e pela consequente maior controlabilidade do argumento desenvolvido adiante – que elide arbitrariedades também no seio da literatura jurídica –, a aportes distintos.

Ao lado destas quatro respostas à indagação quanto ao sentido de princípio, há uma quinta leitura que, embora menos ambiciosa, bem atende aos propósitos deste trabalho. Trata-se da rejeição de clivagens estritas e do caráter secundário das formulações de princípio inerente à assunção de que a diferença entre regras e princípios é uma questão de *grau de determinação textual* – o que não significa recair pura e simplesmente no chamado critério fraco de distinção⁶⁶, pois a coerência normativa, requisito nuclear da concepção de segurança jurídica esquadrihada adiante, se define em termos de *justificação segundo princípios*⁶⁷. É dizer: o *quid pluris* dos princípios, para além de aspectos sintáticos ou semânticos, está na pragmática. Eles são “as normas *habitualmente utilizadas para justificar outras normas* (ainda que tal uso possa coexistir perfeitamente com outros)”⁶⁸.

Esta percepção ancorada no nível de determinação textual é compartilhada tanto por positivistas, como Raz⁶⁹, quanto por autores críticos aos

⁶⁵ STRECK, L. L. *Verdade e Consenso...*, p. 587.

⁶⁶ Trata-se da afirmação de que “princípio e regra possuem a mesma estrutura lógica hipotético-condicional, mas densidades semânticas distintas” (STRECK, L. L. Diferença entre regras e princípios. In: STRECK, L. L. *Dicionário de Hermenêutica Jurídica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 46).

⁶⁷ Cf. ALONSO, J. P. Principios jurídicos implícitos y coherencia. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 36, pp. 357-385, 2013, p. 358.

⁶⁸ Tradução livre. No original: “*las normas que son habitualmente utilizadas para justificar otras normas (aunque tal uso puede coexistir perfectamente con otros)*” (LUZZATI, C. *El principio de autoridad y la autoridad de los principios...*, p. 49).

⁶⁹ Diz ele: “A distinção entre regras e princípios de obrigação tanto no Direito quanto fora dele se reporta ao caráter do ato prescrito pela norma. Regras prescrevem atos relativamente específicos; princípios prescrevem condutas altamente inespecíficas. (...) A distinção entre regras e princípios é, nesta análise, uma questão de grau”. Tradução livre. No original: “*The distinction between rules and principles of obligation both in law and outside it turns on the*

positivismos, como MacCormick, e consiste em solução operativa assentada sobre a centralidade dos princípios que permite explorar o já suficientemente tormentoso tema da segurança no Direito. É dizer, nas palavras do teórico escocês:

No Direito, tanto as regras como os princípios são universais, como são as formulações interpretativas sobre o Direito contidas na fundamentação das sentenças [(*rulings on law*)] que justificam os casos particulares. Mas alguns enunciados normativos são mais gerais que outros. Os princípios jurídicos são normas muito gerais, que normalmente competem com outras normas igualmente genéricas em dilemas práticos. As regras jurídicas são tipicamente muito mais específicas e imediatamente aplicáveis. (...) A generalidade, como esta observação mostra, é uma questão de grau⁷⁰.

Ainda segundo MacCormick, a pronunciadíssima generalização jurídica dos princípios induz preocupações com a coerência do conjunto do Direito – a qual, já se antecipou, realiza-se em função da justificabilidade segundo princípios. Esta supera o requisito simplório da consistência, o qual importaria no mais restrito escopo de testar a conformidade entre possíveis formulações interpretativas e as regras positivadas ou precedentes vinculantes⁷¹.

Este sentido de formulação principiológica, despegada de uma pretensa ordem objetiva de valores e desprovida da aspiração de exprimir uma comunidade de princípio, não é estranha a pluralismo almejado pelos Direitos ocidentais contemporâneos. Permite, enfim, contemplar a natureza compósita

character of the norm-act prescribed. Rules prescribe relatively specific acts; principles prescribe highly unspecific actions. (...) The distinction between rules and principles is, on this analysis, one of degree" (RAZ, J. Legal principles and the limits of law. *The Yale Law Journal*, v. 81, pp. 823-854, 1972, p. 838).

⁷⁰ Tradução livre. No original: "En Derecho, tanto las reglas como los principios son universales, como lo son las formulaciones interpretativas sobre el Derecho contenidas en la fundamentación de las sentencias [*rulings on law*] que justifican los fallos particulares. Pero algunos enunciados normativos son más generales que otros. Los principios jurídicos son normas muy generales, que a menudo compiten con otras normas igualmente generales en dilemas prácticos. Las reglas jurídicas son típicamente mucho más específicas e inmediatamente aplicables. (...) La generalidad, como esta observación muestra, es una cuestión de grado. En el nivel más alto de generalización jurídica, el de los principios, nos preocupa la coherencia de conjunto en el Derecho más que la estricta consistencia, que es en cambio en lo que nos centramos cuando probamos si una posible formulación interpretativa es o no conforme con reglas preestablecidas y precedentes vinculantes" (MACCORMICK, N. Universales y particulares. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 32, pp. 127-150, 2009, p. 145).

⁷¹ Cf. MACCORMICK, N. Universales y particulares..., p. 145.

das sociedades hodiernas⁷², da qual emerge a inspiração das contemporâneas democracias constitucionais à proteção de complexas constelações comunitárias de valores contra maiorias parlamentares conjunturais ou mesmo a apropriação da vontade popular por elites burocráticas, tecnocratas ou de especialistas⁷³. Daí que, no dizer de Hespanha, “o reconhecimento da pluralidade dos princípios constitucionais visa a criar uma democracia mais profunda, mais inclusiva e mais dinâmica, permitindo um desenvolvimento e uma harmonização de geometria variável dos princípios que a vontade constituinte ou legislativa do povo foi depositando na ordem jurídica”⁷⁴.

A diversidade que subjaz a esta realidade e a linguagem dos enunciados asseguradores de direitos fundamentais se conectam – não sem contrastar – ao léxico e às pretensões universalistas dos direitos humanos e fundamentais. Como consequência, fala-se no estreitamento das relações entre os diversos Direitos internos e o Direito Internacional, sobretudo nesta temática, bem assim na derrocada de outras linhas divisórias que antes pareceriam insuperáveis.

1.2 O DESMANCHE PROGRESSIVO DE FRONTEIRAS

Em estreita correlação com esta primeira viragem, a celebração de compromissos internacionais em torno dos direitos humanos após o término da Segunda Guerra Mundial e a posterior adesão a eles de diversos ordenamentos nacionais é outra marca distintiva da travessia que se tem por referência. Esta

⁷² Cf. LUZZATI, C. El principio de autoridad y la autoridad de los principios..., p. 30.

⁷³ Já ao alvorecer do Século XXI, nota-se o engrossamento de uma contra-marcha em escala global, com a ascensão das chamadas *democraturas*, no bojo daquilo que se tem chamado de constitucionalismo abusivo – i.e.: “a utilização de institutos do direito constitucional e do Estado constitucional para violar e minar a democracia liberal por meio especialmente de emendas constitucionais e da substituição de constituições por novas leis fundamentais” (QUEIROZ BARBOZA, E. e ROBL FILHO, I. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise de sua utilização no Brasil contemporâneo. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*. Belo Horizonte, a. 12, n. 39, pp. 79-97, jul./dez. 2018, p. 84). Por se tratar de uma deturpação, de um *abuso*, do modelo de Estado Constitucional, este expediente não menoscaba a valia de seu emprego como categoria, como se propõe nesta delimitação contextual. *Abusus non tolit usum*.

⁷⁴ HESPANHA, A. M. *O caleidoscópio do Direito...*, p. 157.

interconexão, reveladora de rupturas no discurso tradicional da soberania⁷⁵, se confirma pela atividade desempenhada pelas Cortes Europeias de Justiça e de Direitos Humanos⁷⁶, bem assim pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelas Cortes Supremas de Estados Sul-Americanos⁷⁷.

Aqui está a primeira das fronteiras que se dissipa: a antes rígida linha divisória entre Direitos internos e Direito Internacional. Ela é ilustrada pelos numerosos Tratados, Convenções e Declarações de Direito que versam sobre este universo temático, dos quais se pode tomar como exemplos eloquentes: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racional (1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006)⁷⁸.

⁷⁵ Cf., a propósito: MACCORMICK, N. Beyond the sovereign state. *The Modern Law Review*, v. 56, n. 1, pp. 1-18, jan. 1993, p. 2. Neste texto, o autor assinala, sobre o pano de fundo do Direito Europeu de fins do Século XX, que já não mais existem Estados soberanos no sentido moderno. Diz ele: “desde a perspectiva da Teoria do Direito, nada determina a consideração da ‘soberania’ ou mesmo de relações hierárquicas de supra- e subordinação, como necessárias ao entendimento da ordem jurídica no contexto das complexas interações entre diferentes legalidades que marca a Europa Contemporânea, especialmente no âmbito da Comunidade Europeia”. Tradução livre. No original: “*from a jurisprudential point of view, there is no compulsion to regard ‘sovereignty,’ or even hierarchical relationships of super- ordination and subordination, as necessary to our understanding of legal order in the complex interaction of overlapping legalities which characterises our contemporary Europe, especially within the European Community.*” (MACCORMICK, N. Beyond the sovereign state..., p. 10). O argumento é aprofundado nas páginas seguintes, que conduzem à conclusão de que há uma necessidade urgente de repensar as bases da ordem jurídica, sem abdicar do sistema como ideal regulatório. E esta, segundo MacCormick, seria uma tarefa que está para além do Estado soberano. Ou: exatamente onde estamos.

⁷⁶ Cf. CIVITARESE, S. A European convergence towards a stare decisis model? *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.14, pp. 173-194, segundo semestre de 2015. [online]. Disponível na Internet via: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2720484>. Última consulta em 24.01.2019, pp. 179 e ss.

⁷⁷ Cf. SILVA, V. A. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, A., PIOVESAN, F. e ANTONIAZZI, M. M. (Orgs). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷⁸ Cf. para uma abordagem panorâmica da maior partes desses documentos: GUEDES, J. C. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 78-88.

No contexto Europeu, décadas de transformações na regência dos Direitos Humanos os tornaram um importante fator de unidade e de estabilidade da União Europeia, sobretudo após o advento do Tratado de Lisboa⁷⁹. O Direito vivido, para além daquilo que se expressa literalmente, nesse colorido conferido pela inter-relação entre o Direito supranacional e os Direitos internos dos Estados Membros, adquire forte senso de dinamismo, animado por crescentes mudanças sociodemográficas⁸⁰.

Mais: dadas as feições atuais da União Europeia (fala-se na transição *de uma Europa dos mercados para uma Europa dos direitos*⁸¹), o respeito aos direitos humanos e fundamentais, plasmados no enfeixamento de *dignidade humana, liberdade individual, igualdade e solidariedade*, listados nos Títulos I a VI da Carta Europeia de Direitos Humanos, ganha força decisiva⁸². Assim é que o Tribunal de Estrasburgo talhou uma abordagem *substancial* relativamente ao sentido de democracia almejado pela integração supranacional – à diferença do viés predominantemente *procedimental* da Corte de Luxemburgo, da Comunidade Europeia, o que não impede a identificação de aproximações tendenciais⁸³.

Especificamente no plano Latino-Americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assumiu papel central da definição e da promoção de um

⁷⁹ V. MURAVIOV, V. e SVIATUM, O. Protection of human rights in the European Union. In: ARNOLD, R. (Org.). *The convergence of the fundamental rights protection in Europe*. Dodrecht: Springer, 2016, p. 196.

⁸⁰ Cf. ARNOLD, R. e FELDBAUM, E. Aspects of fundamental rights convergence in Europe with some comparative references to the developments in Germany, United Kingdom and France. In: ARNOLD, R. (Org.). *The convergence of the fundamental rights protection in Europe*. Dodrecht: Springer, 2016, p. 6.

⁸¹ RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Trotta, 2014, pp. 37 e 45 e ss.

⁸² A propósito, registra Rodotà: “A estrutura da Carta dos direitos fundamentais confirma esta linha renovadora. Seus seis capítulos levam por títulos a dignidade, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a cidadania e a justiça. Estes são agora os princípios fundacionais do sistema constitucional europeu”. Tradução livre. No original: “*La estructura de la Carta de los derechos fundamentales confirma esta línea renovadora. Sus seis capítulos llevan por títulos la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia. Estos son ahora los principios fundacionales del sistema constitucional europeo*” (RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos*..., p. 38).

⁸³ Cf., a propósito: NINATTI, S. e ARCARI, M. Patterns of democracy in the case law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights. *XXXV Polish yearbook of International Law*, 2015. Disponível na Internet via: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-a7f38753-c522-4e42-b744-300c66fe28b6/c/06_Ninatti.pdf>. Última consulta em 14.05.2019.

modelo democrático substancial muito próximo do que aqui se qualifica como caro ao Estado Constitucional⁸⁴. Isto, sobretudo, no contexto da discussão da convencionalidade de leis ou decretos de anistia vindos à luz no contexto da redemocratização de seus diversos Estados-membros. A sucessão de numerosos julgamentos a respeito culminou com a célebre decisão do caso *Gelman v. Uruguay*, de cujas razões se extrai, nas palavras de Acuña, “uma verdadeira doutrina interamericana acerca daquilo que devemos entender por democracia no âmbito interamericano e que, em função disso, podemos aceitar como democracias de qualidade”⁸⁵.

O caso levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos dizia respeito à Lei uruguaia nº 15.848, conhecida como *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* (ou, simplesmente, *Ley de Caducidad*) promulgada pelo governo democrático pós-ditatorial, que, em prol de uma transição pacífica, abria caminho à anistia de agentes públicos que incorreram em crimes de lesa-humanidade. Para além desta gênese democrática – que não se viu nos casos anteriores julgados pela Corte –, a *Ley de Caducidad* uruguaia sobreviveu duas vezes ao crivo da democracia direta: um referendo, em 1989, e um plebiscito, em 2009⁸⁶. Esta peculiaridade põe a desnudo a tensão entre constitucionalismo e democracia e, portanto, toca questões bastantes sensíveis à ordem de considerações que ora se estrutura. Ela foi profundamente ponderada pela

⁸⁴ Isto, em rigor, consubstanciou uma mudança de perspectiva da Corte acerca do viés de democracia compatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Como relata Rincón-Covelli, um conjunto de decisões anteriores apontava mais enfaticamente para aspectos típicos de acepções procedimentais de democracia (sufrágio universal, liberdade de expressão e associação, etc.). V. RINCÓN-COVELLI, T. El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia..., pp. 86-87.

⁸⁵ Tradução livre. No original: “una verdadera doctrina interamericana acerca de aquello que por democracia debemos entender en el ámbito interamericano y que, en tal virtud, aceptaremos como democracias de calidad.” (ACUÑA, J. M. Democracia y derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 30, pp. 3-23, jan-jun 2014, p. 4).

⁸⁶ Para maior detalhe, v. RINCÓN-COVELLI, T. El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia..., especialmente pp. 80 e ss. Na esteira da referência a essa decisão, convém notar que no Brasil, o Supremo Tribunal Federal julgou, em abril de 2010, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 153, a qual questionava a recepção da Lei 6.683/1979 pela Constituição Federal de 1988. A ADPF foi julgada improcedente, com a confirmação da adequação da Lei à ordem constitucional democrática, sobretudo por ter integrado os debates genéticos da Constituição Federal, ressalvado o direito de acesso a documentos que aclarem o que se passou no País durante o regime militar.

CIDH, que, ao apreciar o dramático caso da família Gelman (o qual aqui não convém expor em detalhe⁸⁷) assim decidiu:

238. O fato de que a Lei de Caducidade tenha sido aprovada em um regime democrático e ainda ratificada ou respaldada pela população em duas ocasiões não lhe concede automaticamente, nem por si só, legitimidade perante o Direito Internacional. A participação da população com respeito a esta Lei, por meio de procedimentos de exercício direto da democracia – recurso de referendo (parágrafo 2º do artigo 79 da Constituição do Uruguai) em 1989 e plebiscito (inciso A do artigo 331 da Constituição do Uruguai) sobre um projeto de reforma constitucional através do qual seriam declarados nulos os artigos 1 a 4 da Lei, em 25 de outubro do ano 2009 - deve ser considerada, então, como fato atribuível ao Estado e gerador, portanto, de sua responsabilidade internacional.

239. A simples existência de um regime democrático não garante, per se, o permanente respeito do Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que foi assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual particularmente em casos de graves violações às normas do Direito Internacional, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” (par. 193 supra), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário. Neste sentido, a Suprema Corte de Justiça, no Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, exerceu um adequado controle de convencionalidade a respeito da Lei de Caducidade, ao estabelecer, inter alia, que “o limite da decisão da maioria reside, essencialmente, em duas coisas: a tutela dos direitos fundamentais (os primeiros, entre todos, são os direitos à vida e à liberdade pessoal, e não há vontade da maioria, nem interesse geral nem bem comum ou público em aras dos quais possam ser sacrificados) e a sujeição dos poderes públicos à lei”. Outros tribunais nacionais referiram-se também aos limites da democracia em relação à proteção de direitos fundamentais⁸⁸.

Estas considerações, além de indicativas de que a contextualização mediante recurso a modelos constitucionais desenhados à moda europeia é

⁸⁷ Um relato abrangente é oferecido por ACUÑA, J. M. *Democracia y derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, pp. 17-18.

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman v. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Mérito e Reparações. Série C, nº 211. [Online]. Disponível na Internet via: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Última consulta em: 06.02.2019.

valiosa para o contexto latino-americano e não implica uma recidiva colonialista, vinca a peculiaridade das democracias constitucionais também deste lado do Atlântico e permite vislumbrar a magnitude da simbiose entre Direitos internos e Direito Internacional dos Direitos Humanos. Mais propriamente, a Corte cravou que a legitimidade de normas jurídicas não é consequência imediata apenas da deliberação democrática, mas também (e sobretudo) de sua adequação ao sistema continental de Direitos Humanos. Isto permite afirmar, como faz Hespanha, que:

o impacto das normas internacionais sobre o ordenamento interno dos Estados é cada vez maior, acompanhando esta tendência para a globalização. O monopólio da lei atenua-se, correspondentemente, em função de normas supranacionais, e infranacionais ou mesmo de normas de âmbito nacional, mas com uma origem, tipo de normatividade e estrutura diferentes das legais (normas autárquicas, normas de entidades reguladoras completamente autônomas ou pouco dependentes do âmbito estadual, etc.)⁸⁹.

O mesmo paralelo se pode estabelecer no plano dos Direitos internos: nas Cortes Constitucionais (e demais Tribunais de Vértice), na generalidade dos Estados Europeus, para além da coincidência entre róis de direitos fundamentais e róis de direitos humanos, esta característica se revela com muita força⁹⁰. Não só por uma maior deferência à Corte Europeia de Justiça, resultante a projeção desta última sobre os tradicionais escopos de atuação das Cortes Constitucionais dos Estados membros⁹¹, como também pela recolocação do debate acerca da legitimidade destas e daquela no bojo de uma *democracia constitucional europeia*⁹² – um ideal, em vez de uma descrição do que seja a integração no velho continente⁹³. É o que afirma Rodotà:

⁸⁹ HESPANHA, A. M. *O Caleidoscópio do Direito...*, pp. 442-443.

⁹⁰ Cf., a propósito, a interessante (e crítica) leitura de Pokol, desde a perspectiva do Leste Europeu: POKOL, B. *The juristocratic State: its victory and possibility of taming*. Budapeste: Dialóg Campus Kiadó, 2017, pp. 17-23. No mesmo sentido: PERLINGIERI, P. *Legal principles and values...*, p. 136.

⁹¹ Cf. KOMÁREK, J. National constitutional courts in the European constitutional democracy. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, pp. 525-544, jul. 2014, *passim*.

⁹² O argumento é apresentado por Komárék, em: National constitutional courts in the European constitutional democracy..., pp. 536-543.

⁹³ V. KOMÁREK, J. National constitutional courts in the European constitutional democracy..., p. 541.

Uma conformação hoje muito presente, sobretudo nisto que se tem chamado *global community of courts*: os tribunais de justiça de muitos Estados andam empenhados em um diálogo cada vez mais intenso, com uma circulação de modelos que aproximem soluções, ainda em ambientes políticos e institucionais bastante diferentes entre si que, precisamente por isso, geram as vezes reações de rechaço, como quando se quer impedir que as sentenças dos tribunais nacionais possam invocar jurisprudência em sentenças de tribunais estrangeiros (assim propuseram nos Estados Unidos). Mas a construção comum é um fato e a existência de cartas de direitos “regionais” na Europa, América Latina, África e Ásia favorece estas aproximações⁹⁴.

No contexto Sul-Americano, embora por vias diversas, a prática judicativa dos Tribunais Constitucionais também acusa abertura e receptividade a compromissos internacionais. É o que confirma a sequência de decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca da inconveniência da prisão civil do depositário infiel, a qual resultou na edição de sua conhecida Súmula Vinculante de número 25: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Com isto – e também com o surgimento de instituições e constrangimentos informais pelos desenvolvimentos da Economia⁹⁵ – se vislumbra uma notável fluidificação das fronteiras nacionais (mas também de incontáveis outras modalidades de limite tradicionalmente aceitas⁹⁶), pautada por um discurso pluralista – naturalmente não isento de críticas pertinentes⁹⁷,

⁹⁴ Tradução livre. No original: “*Una conformación hoy muy presente, sobre todo en eso que ha dado en llamarse global community of courts: los tribunales de justicia de muchos Estados andan empeñados en un diálogo cada vez más intenso, con una circulación de modelos que acerquen soluciones, aun en ambientes políticos e institucionales bastante diferentes entre sí y que, precisamente por eso, generan a veces reacciones de rechazo, como cuando se quiere impedir que las sentencias de los tribunales nacionales puedan invocar jurisprudencia en sentencias de tribunales extranjeros (así lo han propuesto en Estados Unidos). Pero la construcción común es un hecho y la existencia de cartas de derechos ‘regionales’ en Europa, América Latina, África y Asia favorece a estas aproximaciones*” (RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos...*, p. 50).

⁹⁵ O tema transcende os propósitos deste trabalho, mas interessa sobremaneira para a discussão de modelos normativos formais e informais para a redução de custos de transação e para a geração de bem-estar. Para uma abordagem específica, v. NORTH, D. Institutions. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, pp. 97-112, inverno de 1991.

⁹⁶ Rodotà chama atenção a esta peculiaridade do contemporâneo (a derrubada de fronteiras ou a atribuição, a elas, de sentidos renovados) em *El derecho a tener derechos...*, pp. 22-23.

⁹⁷ Dignas de nota são as pertinentes impressões de Hespanha: “Por um lado, trata-se de um pluralismo ‘de via estreita’, já que não é comum vê-lo estendido pela mesma elite jurídica [eurocomunitarista] ao reconhecimento e à legitimação de outras ordens jurídicas particulares (a

como todos os fenômenos tangenciados por esta contextualização – e diretamente imbricada a uma ordem normativa centrada na pessoa concreta e historicamente situada.

Aqui está a terceira das viragens inerentes à instauração das democracias constitucionais contemporâneas: uma migração do sujeito abstrato à pessoa contextualmente situada, que traz consigo um novo colorido ao princípio da igualdade⁹⁸, o qual se define em termos relativos e relacionais. É dizer: sem perder seu papel central, a igualdade antes predominantemente formal agora assume inspiração substancial.

Esta renovação conteudística da igualdade opera, no dizer de Rodotà, por meio da negação a discriminações (ilegítimas), a resultar em um *infinito derribo de fronteiras*; em uma inesgotável abertura à diversidade – qual se fez indispensável diante da limitação que a categoria *sujeito* impunha à compreensão e ao manejo do fenômeno jurídico⁹⁹. Assim se viabiliza a superação das consequências deletérias da cama de *Procusto* da igualdade formal, certamente antecipada por olhares atentos aos *desapossados*¹⁰⁰ das

dos ciganos, dos imigrantes turcos ou chineses, das comunidades sexualmente dissidentes, das comunidades dos *bidonvilles*, das favelas ou dos bairros ‘de barracas’, etc.). Por outro lado, a comunidade produtora deste direito não estatal [da União Europeia] tem características sociológicas completamente enviesadas (...): é uma comunidade de juizes de altos tribunais, de altos funcionários comunitários, de juristas especialistas em direito comunitário, de firmas internacionais de advogados e de particulares, em geral, selectos, com capacidade, nomeadamente económica, para litigar nas instâncias comunitárias. (...) Seja como for, a orientação estratégica de reconstruir a teoria e metodologia do direito numa perspectiva pluralista está basicamente correcta, por corresponder ao modo de ser das sociedades dos nossos dias.” (HESPANHA, A. M. *O Caleidoscópio do Direito: o Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2ª Ed., reelaborada. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 73-75).

⁹⁸ O parecer de Nevares e Schreiber é bastante elucidativo: “Significa dizer que a noção abstrata de sujeito de direito, construída pela Modernidade como categoria unitária e generalista, na qual todos se encaixariam indistintamente, vem sendo gradativamente substituída pela tutela da pessoa, compreendida em caráter concreto, acompanhada de sua inevitável multiplicidade. Na própria produção legislativa, a proteção ao sujeito de direito (...) cede passagem à proteção (...) aos diferentes personagens em que se fragmenta, na realidade concreta, o outrora monolítico sujeito de direito” (SCHREIBER, A.; NEVARES, A. L. M. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, G. et al. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39).

⁹⁹ Cf. RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos...*, pp. 23 e 135.

¹⁰⁰ A expressão é de Menger, que, ao introduzir sua mais conhecida obra, afirmou: “como sou um dos poucos juristas alemães que representa os interesses das classes populares desapossadas no âmbito do Direito, tomei como meu dever ser porta-voz dos deserdados frente a este importante assunto nacional [o projeto de Código Civil então em discussão, que viria a ser aprovado em 1896, para entrar em vigor em 1900]”. Tradução livre. No original: “*Da ich nun zu den wenigen deutschen Juristen gehöre, welche auf dem Gebiete des Rechts das Interesse der besitzlosen Volksklassen vertreten, so habe ich es für meine Pflicht gehalten, in dieser wichtigen*

sociedades modernas e contemporâneas¹⁰¹. É o caso, mais remotamente, de Menger, que, ao início do século XX, escreveu:

Ao se tratar as pessoas como cidadãos absolutamente iguais, sem atentar a suas peculiaridades pessoais e sua posição econômica; ao se permitir que entre elas se estabeleça uma concorrência desenfreada, alcançou-se, indubitavelmente, o alçar da produção ao infinito. Mas, ao mesmo tempo, deu-se aos pobres e as débeis uma parte escassíssima deste aumento de produção. (...) Hoje se sabe que não existe desigualdade maior que a decorrente de tratar igualmente os desiguais¹⁰².

Isto sem que se renuncie à primeira (e moderna) dimensão, pois, a voltada de olhares à pessoa concretamente situada é complementada pela abordagem abstrata calcada no sujeito de Direito na consecução do objetivo (normativo) de promoção e proteção da dignidade humana. E é, precisamente, a partir desta inter-relação entre “a igualdade formal do *sujeito* (libertadora de preconceitos) e

Nationalangelegenheit die Stimme der Enterbten zu führen” (MENGER, A. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. 4ª ed. Tübingen: H. Laupp'schen Buchhandlung, 1908, p. 2). É interessante notar que, à diferença da tradução espanhola chegada ao Brasil, o título original da obra não é “Direito Civil e os pobres”, mas “O Direito Civil e as classes sociais desapossadas” – o que diz muito mais a respeito do perfil ideológico do autor.

¹⁰¹ A propósito: “Sob a égide da igualdade formal – como se todos fossem ‘átomos sociais idênticos’ – e uma vez percebida como *sujeito de direitos*, igual, pariforme, idêntica, portanto, a qualquer outro ser que viesse a ocupar uma das distintas posições ou situações jurídicas moldadas na codificação, como o são as de credor, devedor, contratante, terceiro, causador do dano, lesado ou vítima, proprietário, não proprietário, possuidor e *invasor*, chefe de família, filho, esposa ou concubina, testador, legatário, etc., a pessoa humana foi reduzida a um estereótipo sem cor, sem história, sem vida...” (CATALAN, M. J. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2ª Ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2019, p. 10).

¹⁰² Tradução livre. No original: “Indem man nun alle Staatsbürger ohne Rücksicht auf ihre persönlichen Eigenschaften und auf ihre wirtschaftliche Lage völlig gleich behandelte und zwischen ihnen einen zügellosen Wettbewerb zuliess, bewirkte man zwar, dass die Gütererzeugung ins unendliche stieg, zugleich aber auch, dass die Armen und Schwachen an den gesteigerten Gütermengen nur einen sehr geringen Anteil hatten. (...) Man weiss eben heute, dass es keine grössere Ungleichheit gibt, als das Ungleiche gleich zu behandeln.” (MENGER, A. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen...*, p. 30). Na mesma linha (e, talvez, com maior influência sobre a civilística brasileira atual): “Todavia, a igualdade não se esgota na igualdade de tratamento. As disparidades das condições econômicas e sociais podem, ou melhor, devem ser tratadas de forma diversa, isto é, sem paridade. A igualdade de tratamento justifica-se, sempre, com dunamento na lógica da justiça retributiva e da *par condicio*, enquanto a igualdade constitucional tende a realizar a igual dignidade social, removendo os obstáculos que limitam a liberdade dos cidadãos, de maneira a realizar a justiça social e distributiva” (PERLINGIERI, P. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 479-480).

a igualdade substancial da *pessoa* (protetora das vulnerabilidades)”¹⁰³ que se pavimentam os caminhos da igualdade nas democracias constitucionais hodiernas.

Daí se extrai que importa antes a igualdade *no Direito* que a igualdade perante a *Lei*. Esta refinação da igualdade determina que “não somente ‘todos’ os direitos devem ser garantidos; estes devem ser também garantidos a todos”¹⁰⁴, mesmo que à custa de uma fragmentação de modos e intensidades de proteção, a alcançar determinadas categorias humanas – e.g. idosos, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, etc.¹⁰⁵, observado o necessário comedimento quanto à dispersão de regimes protetivos¹⁰⁶. Assim é que, como elaborado nas próximas seções, o Direito (sobretudo Civil) se vê adstrito à dimensão coexistencial, à alteridade, pois “o problema, no mundo e nas relações com os outros, é o do reconhecimento”¹⁰⁷ do outro.

Neste giro, a categoria de *grupo social* pode ser de valia para o repensar dos institutos fundamentais do Direito Civil. Trata-se, no dizer de Young, “uma coletividade de pessoas diferenciada de pelo menos um outro grupo por

¹⁰³ TEPEDINO, G. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, G.; TEIXEIRA, A. C. Brochado; ALMEIDA, V. (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 19.

¹⁰⁴ COSTA, P. A democracia após os ‘totalitarismos’ – a democracia constitucional na segunda metade do século XX..., p. 282. De modo ligeiramente diverso, mas nessa esteira, Guedes enuncia que “De modo especial, a proclamação de que todos são iguais perante a lei só adquire uma verdadeira extensão ou definição quantitativa quando se delimitam (ou não) quais ou quem são esses ‘todos’ que são atingidos pela igualdade. Também na medida em que se define ‘em que’, ou em quais situações os sujeitos sociais são iguais em direitos; afirmação que possui caráter qualitativo” (GUEDES, J. C. *Igualdade e desigualdade...*, p. 119).

¹⁰⁵ Esta característica do Direito contemporâneo é assinalada por Rodotà em correspondência estrita ao Direito humanitário no contexto europeu – cf. RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos...*, pp. 44 e 141 e ss.

¹⁰⁶ É dizer: “o uso hermenêutico do princípio [da igualdade] não pode legitimar a fundação de um ‘direito dos contratantes vulneráveis’ construído por uma heterogênea, por vezes contraditória e de qualquer modo desordenada, produção de leis especiais. Esta cláusula, frequentemente, ao invés [*sic*] de ser orientada à remoção dos obstáculos que de fato limitam a liberdade e a igualdade dos cidadãos, é voltada à criação de novos obstáculos, faltando, a propósito, uma global e programática linha reformadora tendente a atuar, realmente, o desenho constitucional global” (PERLINGIERI, P. *O Direito Civil na legalidade constitucional...*, p. 488).

¹⁰⁷ Tradução livre. No original: “*El problema, en el mundo y en las relaciones con los otros, es el del reconocimiento*” (RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos...*, p. 136).

aspectos culturais, práticas ou estilos de vida”¹⁰⁸ de ordem identitária, que exprime relações sociais¹⁰⁹.

A delimitação desta categoria releva por seu valor instrumental ao entendimento e à justificação da proliferação contemporânea de estatutos protetivos a diversos tipos de vulnerabilidades compartilhadas por determinadas coletividades humanas, mas também pelo impacto que tem na reordenação do debate em torno da igualdade e da justiça social. Mais precisamente: estas se realizariam, no dizer da professora da Universidade de Chicago, pela superação de opressões¹¹⁰ e dominações¹¹¹ a grupos sociais, para além das soluções distributivas e formal-igualitárias caras ao Direito moderno.

Ao trilhar tal caminho, as democracias constitucionais hodiernas não apenas se voltam à pessoa em sua concretude situacional, como também perseguem arranjos institucionais que acompanhem esse reconhecimento, no sentido de promover liberdade(s) em concreto¹¹², apesar de uma sempre presente desconfiança quanto à disseminação de direitos. Ou seja: “a atribuição de direitos não se esgota em seu reconhecimento formal, mas reclama um processo institucional e social necessário para sua colocação em prática”¹¹³.

¹⁰⁸ Tradução livre. No original: “A social group is a collective of persons differentiated from at least one other group by cultural forms, practices and way of life” (YOUNG, I. M. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 43).

¹⁰⁹ Nesta qualidade, grupos são constitutivos de individualidades, não o contrário. Assim: “as pessoas se descobrem como membros de um grupo, ao qual experimentam como se dele sempre tivessem pertencido. É assim porque nossas identidades se definem em relação ao modo com que outros nos identificam, e eles o fazem em termos de grupos que são sempre associados a atributos específicos, estereótipos e normas”. Tradução livre. No original: “one finds oneself as a member of a group, which one experiences as always having been. For our identities are defined in relation to how others identify us, and they do so in terms of groups which are always already associated with specific attributes, stereotypes, and norms” (YOUNG, I. M. *Justice and the politics of difference...*, p. 46).

¹¹⁰ A categoria *opressão*, em Young, é composta por cinco facetas: exploração, marginalização, carência de poder, imperialismo cultural e violência. Para uma exposição minudente do sentido de cada uma delas, v.: YOUNG, I. M. *Justice and the politics of difference...*, pp. 48-63.

¹¹¹ Dominação consiste, também segundo Young, na impossibilidade de participação do sujeito na determinação de suas ações ou das consequências delas (cf. *Justice and the politics of difference...*, pp. 82 e ss.).

¹¹² Esta mirada será retomada adiante e se faz presente, além dos demais marcos utilizados neste estudo, em: RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos...*, p. 44.

¹¹³ Tradução livre. No original: “la atribución de derechos no se agota en su formal reconocimiento pero avala um processo institucional y social necesario para su puesta em práctica” (RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos...*, pp. 44-45).

A igualdade *formal*, cara à ascensão dos Estados modernos, preserva sua importância como mecanismo de enfrentamento a privilégios e iniquidades próprias de sociedades de corpos. Mas é abrandada em seu potencial maquiador (e neutralizador) de distorções que permeiam da realidade social, pela emergência de um perfil *substancial* de igualdade – não equivalente, entretanto, à chamada *igualdade de fato* ou *material*, ao menos na categorização de Bobbio¹¹⁴. Esta “não deixa de levar em conta a contextualização das pessoas, quando tomadas nas suas relações”¹¹⁵ e, quando agregada àquela, implode as disputas sobre o que seria a *verdadeira igualdade*¹¹⁶.

A igualdade, destarte, perfaz-se pela garantia, de um lado, de tratamento paritário às pessoas em suas situações semelhantes, mas também, de outro, de tratamento díspar a pessoas em circunstâncias desiguais, segundo critérios jurídicos de discriminação¹¹⁷. O atendimento ao chamado para um voltar-se à Constituição, neste giro, autoriza o estiramento do tecido jurídico, com a consequente descoberta e acolhida de tudo o que se escondia (ou era escondido) em suas dobras.

É precisamente neste quadrante que Fachin, em conhecida passagem, vislumbra o porvir do Direito Civil¹¹⁸, o qual se imbrica na última das viragens

¹¹⁴ O autor italiano distingue a igualdade material ou econômica (i.e.: igualdade no acesso a bens materiais) dos vieses jurídico (formal) e social (de oportunidade) – cf. BOBBIO, N. *Igualdad y libertad*. Introdução de Gregorio Peces-Barba. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993, pp. 79-82. Preocupação semelhante se encontra em Perlingieri: “Igualdade não significa igualitarismo: não se pretende a igualdade de todos em tudo, independentemente dos méritos e das competências” (PERLINGIERI, P. *O Direito Civil na legalidade constitucional...*, p. 485).

¹¹⁵ FACHIN, L. E. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*, 3ª Ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 213.

¹¹⁶ Cf.: FIORAVANTI, M. Público e Privado..., p. 13.

¹¹⁷ Este argumento é desenvolvido por Bandeira de Mello, no clássico *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Ed., 22ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, *passim*. V., também: BOBBIO, N. *Igualdad y libertad...*, pp. 75 e ss.

¹¹⁸ Diz ele: “Tratar da configuração clássica do sujeito e das transformações conceituais pelas quais o sujeito passou constitui uma tentativa de localizar, nestes dois últimos séculos, o indivíduo abstratamente considerado, elevado ao patamar da juridicidade no que se designou como sujeito. Ao final do século XX, portanto, séculos depois da vigência do estatuto moderno fundamental da apropriação dos bens, da titularidade e do sujeito – o Código Civil napoleônico –, esboça-se uma tentativa de superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto, agregando-se àquela noção de cidadania. Eis aí o porvir do Direito Civil” (FACHIN, L. E. *Teoria crítica do Direito Civil...*, p. 207).

inerentes à travessia rumo ao Estado Constitucional. E talvez a mais dificultosa delas: a releitura das relações entre legislação e jurisdição¹¹⁹.

Como se viu, a travessia, timonada pela acolhida de maior indeterminação textual dos enunciados normativos, derruba a então já artificiosa ideia de suficiência da subsunção – cara ao vislumbre do Direito como um sistema de regras¹²⁰. Daí se falar na ruptura com os vencidos pressupostos do positivismo exegético, de que, no dizer de Boileux, “interpretar não é mudar, inovar; consiste em fixar o sentido exato, verdadeiro, de uma disposição, e determinar como se a empregar: a interpretação, qualquer que seja a fonte de que emana, corresponde sempre aos mesmos fins”¹²¹. E nem poderia ser diferente, face à ubiquidade da indeterminação de textos normativos na generalidade dos Estados Constitucionais.

Nos esquadros do assim chamado segundo constitucionalismo, então, o direito legislado perde tónus diante da Constituição, ao passo que a jurisdição ganha força. Assume-se, assim, que o Direito vigente não se reduz ao texto da Lei, mas resulta, sempre, de um progressivo processo de concretização, no qual os Tribunais e demais instâncias decisórias têm protagonismo indisputável. É dizer: “o juiz – queira ou não o legislador – é chamado não apenas para aplicar a lei, mas também para aperfeiçoá-la: trata-se sempre de uma atividade necessariamente livre e inventiva (*rechtsschöpferische Tätigkeit*)”¹²² – embora a

¹¹⁹ A conexão entre a viragem atinente ao princípio da igualdade e a releitura das relações entre Legislação e Jurisdição é antecipada por Perlingieri, que diz: “A consequência desta orientação geral [sobre o princípio da igualdade] é um maior foco de tensão entre os principais poderes do Estado, em particular entre legislador e magistratura, ou seja, entre política e direito” (PERLINGIERI, P. *O Direito Civil na legalidade constitucional...*, p. 497).

¹²⁰ Isto já fora antecipado pelos próprios positivistas, como revelam os escritos kelsenianos de Bobbio: “quando hoje se fala de normas, não se trata de uma categoria restrita e de contornos bem definidos, como era a das teorias interpretativas (...). Quando se diz que o jurista trabalha com normas, é preciso entender que isso tem a ver com uma categoria de coisas, sendo que algumas, em relação à norma entendida como norma geral e abstrata, são *menos* que normas, e outras *mais* que normas. A primeiras são as *decisões* judiciais (normas individuais), as segundas são os *princípios* (normas generalíssimas).” (BOBBIO, N. *Ser e dever ser na Ciência Jurídica*. In: BOBBIO, N. *Direito e poder...*, pp. 68-69).

¹²¹ Tradução livre. No original: “*interpréter, ce n’est pas changer, innover; c’est fixer le sens exact, véritable d’une disposition, et déterminer sa portée : l’interprétation, de quelque source qu’elle émane, conduire donc au même but*” (BOILEUX, J. M. *Commentaire sur le code civil*. 6ª Ed., aumentada e melhorada. Paris: Videcoq, 1856, p. 28).

¹²² Tradução livre. No original: “*il giudice – che il legislatore lo riconosca o no – è chiamato non solo ad applicare la legge, ma anche a perfezionarla: si tratta sempre di un’attività necessariamente libera e inventiva (rechtsschöpferische Tätigkeit)*” (ORRÙ, G. *Richterrecht: il*

extensão deste caráter *livre e criativo*, no bojo da concepção de segurança jurídica esquadrihada adiante, seja posto em questão.

Ademais, a Lei, antes traduzida como expressão *par excellence* da juridicidade, vê-se submissa à normatividade constitucional, que traz consigo critérios materiais de validade. Daí se dizer que “a legislação mesma está *sub lege*, o que tolhe a aceitabilidade do *dogma* do legislador onisciente”¹²³ sob a égide do Estado Constitucional¹²⁴. Consequentemente, a jurisdição se alça ao mesmo patamar de significância democrática da legislação, sobretudo na condição de esfera contra-majoritária e protetiva da normatividade cara ao *povo* da Constituição, de modo que o princípio democrático se realiza também quando o magistrado (ou outro tomador de decisão jurídica) fundamenta sua decisão *no Direito vigente*.

Postos de lado os cânticos de louvor às aberturas que a recalibragem das relações entre legislação e jurisdição rende a aspirações de justiça material¹²⁵, esta viragem alberga um sério problema para o Direito e sua legitimidade. Mais ainda pela disseminação em escala de enunciados normativos indeterminados, a implicar um dificilmente questionável papel criativo da interpretação-aplicação do Direito:

Esta valorização do papel dos juristas no desenvolvimento dos princípios ainda introduz, apesar de tudo, riscos evidentes e sérios de arbitrariedade, na medida em que permite a manipulação de princípios segundo as preferências ideológicas ou meramente conjunturais de uma maioria – não já de deputados, mas de juízes¹²⁶.

problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporânea. Mião: Giuffrè, 1983, p. 13).

¹²³ PINO, G. The place of legal positivism in contemporary constitutional states. *Law and Philosophy*, n. 5, v. 8, pp. 513-535, set. 1999, p. 529.

¹²⁴ V., também: RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos...*, p. 52.

¹²⁵ Cf. CAROCCIA, F. Rethinking the Juridical System. Systematic Approach, Systemic Approach and Interpretation of Law..., pp. 75 e ss.

¹²⁶ HESPANHA, A. M. *O caleidoscópio do Direito...*, p. 158. Este argumento é corroborado, ainda e no contexto brasileiro, por Rodrigues Junior, o qual anota: “A causa dos conflitos institucionais está precisamente nessa zona cinza entre o exercício da legitimidade democrática do Parlamento para alterar as normas ordinárias a fim de *constitucionaliza-las* em face da nova ordem, e a atuação como autêntico legislador positivo dos tribunais constitucionais” (RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Direito Civil Contemporâneo...*, p. 219).

A medida do protagonismo judicial no palco do Estado Constitucional e os riscos que representa para seu caráter democrático – evidenciada pela tese positivista da discricionariedade e pela profusão de decisões abertamente incontroláveis (arbitrárias, portanto) sobretudo por Cortes de vértice – configuram, então, a dimensão política do problema abordado nas páginas seguintes¹²⁷.

Todo este agregado de transformações na percepção do fenômeno jurídico nos esquadros do Estado Constitucional, apesar de sua indisputável força retórica, não pode obnubilar a delicadeza e a provisoriedade da resposta que o modelo dá ao problema da tensão entre poder e Direito, a qual é a

¹²⁷ O caráter político da discussão que subjaz os tópicos abordados neste trabalho já foi identificado por Hage: “A verdadeira questão em jogo parece ser até que ponto os tomadores de decisão têm espaço para moldar suas decisões conforme melhor lhes pareça e até que ponto eles estão limitados por um Direito que é independente de suas visões. (...) Para colocar a questão (muito) simplesmente: Quem faz o Direito: legisladores ou juízes que têm de decidir novos casos? Tanto maior será o espaço para o juiz (re)construir o Direito conforme melhor lhe pareça quanto mais ampla a permissão para que ele leia o Direito como parte de um todo coerente. A questão da coerência é, então, apenas um caminho para discutir o grau em que os tomadores de decisão estão vinculados ao Direito, particularmente à legislação e à jurisprudência”. Tradução livre. No original: “*The real issue at stake might be to what extent legal decision makers have leeway to frame their decisions as seems best to them and to what extent they are bound by a law that is independent of the way they see it. (...) To frame the question (overly) simply: Who makes the law, legislators or judges who must decide new cases? The more a judge is allowed to see the law as part of a coherent whole, the more leeway he seems to have to (re)construct the law as seems fit to him. The issue of coherence is then just a way to discuss the degree in which legal decision makers are bound by the law and in particular by legislation and case law*” (HAGE, J. *Studies in legal logic*. Dodrecht: Springer, 2005, p. 65). Na mesma toada, Couto e Silva aponta que “A função de criação do Direito, assumida pelos juízes e estimulada pela inserção nas leis de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, suscita o problema, de difícil solução, da legitimação democrática para o desempenho dessas atribuições, pois, como advertia Montesquieu, se o poder de julgar estiver confundido com o poder de legislar, ‘o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário’. É o ‘governo dos juízes’, com o permanente risco de transformar-se, pela ausência de controles, na tirania dos juízes” (COUTO E SILVA, A. *Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo...*, p. 28).

preocupação fundamental comum da Teoria do Direito e da Ciência Política¹²⁸.

Bem neste sentido é o alerta de MacCormick¹²⁹:

A civilidade da sociedade civil, e a confiança impessoal que ela a um só tempo requer e sustenta, é uma realização notável na medida em que seres humanos a consigam alcançar e preservar. Recentemente, ao menos, ela tem dependido na construção e manutenção de Estados constitucionalistas, Estados com alguma distribuição constitucional de poderes que facilita o equilíbrio destes ao longo do tempo. Somente em Estados constitucionais deste tipo é que a democracia se revela uma possibilidade de longo prazo. (...) [Mas a] fragilidade da civilidade e da civilização sempre nos confronta, e a lição de eventos como os havidos no Iraque entre 2003 e 2008 nos alertam que é muito mais fácil destruí-la que a reconstruir. O impulso destruidor também é parte de nossa natureza, mas nossas instituições podem nos proteger dele¹³⁰.

¹²⁸ É o que relata Bobbio, em comentário que contrasta Kelsen e Weber: “Enquanto a doutrina do positivismo jurídico considera o direito do ponto de vista do poder, a doutrina do Estado de direito considera o poder do ponto de vista do Direito. (...) O contraste nasceu e se perpetuou por causa da perspectiva diferente em que os escritores políticos, interessados de modo particular no tema do poder, se colocam perante o do Direito, e os juristas, interessados de modo particular no problema do Direito, se colocam perante o problema do poder. Para os primeiros, o direito, sempre entendido como direito positivo, não pode deixar de lado o poder; para os segundos, o poder, sempre entendido como domínio ou senhorio (*Herrschaft*, segundo Max Weber), não pode deixar de lado o Direito. As duas perspectivas dependem do fato de que uns e outros tratam de responder a duas questões (essencialmente práticas) diferentes; os primeiros, à pergunta sobre a efetividade de um sistema normativo; os segundos, à pergunta acerca da legitimidade ou legalidade do poder supremo” (BOBBIO, N. Do poder ao direito e vice-versa. In: BOBBIO, N. *Direito e poder...*, pp. 209-210).

¹²⁹ Este diagnóstico encontra correspondência em diversos setores da teoria jurídica, como sinaliza a coincidente afirmação de Caroccia em relação à Europa de meados do século XX: “Mas a história humilha o direito e o priva de toda alternativa, ao mostrar que a busca pela razão jurídica (e pelo Direito mesmo) pode se tornar uma implementação cega e descontrolada do poder político. Os totalitarismos deixam, como legado, a quebra das ilusões de que o Direito, ou os juízes, podem fazer alguma coisa”. Tradução livre. No original: “*But history humiliates law and deprives it of all alternatives, showing that research of the legal reason (and law itself) could become a blind and uncontrolled implementation of the political power. The totalitarianisms leave, as their legacy, the fall of the illusion that laws, or judges, can do something*” (CAROCCIA, F. Rethinking the Juridical System. Systematic Approach, Systemic Approach and Interpretation of Law..., p. 75).

¹³⁰ Tradução livre. No original: “*The civility of civil society, and the impersonal trust it both requires and underpins, is a remarkable achievement to the extent that humans manage to achieve and sustain it. In recent times, at least, it has depended on the construction and maintenance of constitutionalist states, states with some constitutional distribution of powers that facilitate checking and balancing of different power holders over time. Only in constitutionalist states of that kind has democracy been a long-term possibility. (...) [But] The fragility of civility and civilization always confronts us, and the lesson of events such as those in Iraq between 2003 and 2008 warns us how much easier it is to knock down than to rebuild. The impulse to destroy is also a part of our nature, but one against which our institutions can help us to guard.*” (MACCORMICK, N. *Practical reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 29).

E a salubridade dessas instituições mantenedoras da civilidade não prescinde de uma cultura constitucional construída com base em denominadores comuns, a qual, pode-se questionar, talvez ainda falte à comunidade jurídica brasileira¹³¹. Mormente em face da ascendência daquilo que, alhures, tem-se chamado de *Estado Juristocrático* (em oposição ao Estado Democrático, dada a preponderância das Cortes – particularmente de Vértice – sobre a atividade parlamentar), a implicar mudanças no critério de legitimação da decisão jurídica. É dizer: a ênfase migra da autoridade conferida pelo voto popular para a autoridade das razões da decisão à luz do ordenamento jurídico¹³².

Isto remete, também à contraste entre o modelo de *cortes superiores* – fiel à unidade entre texto e norma, pelo que protetivo à *interpretação exata* da lei, fixada com vistas para o passado e sem força vinculante¹³³ – e o de *cortes supremas* – atento à distinção entre texto e norma, pelo que dedicado a atividade lógico-interpretativa de atribuição de sentido, com vistas para o futuro e força vinculante¹³⁴. E não poderia ser diferente, pois a processualística brasileira de hoje se insere no campo de tensão gerado pela paulatina ruptura do primeiro – cujo abandono parece ser visto com renitência, talvez em função de questões culturais¹³⁵ – e pelo vagaroso caminhar em direção ao de segundo, inclusive em prestígio à atribuição constitucional do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, detentores da última palavra em matéria de Direito federal infraconstitucional legislado e de Direito constitucional, respectivamente.

¹³¹ Fala-se na ausência de uma verdadeira cultura constitucionalista no Brasil. Isto mesmo em arco histórico de alcance restrito, pois a história republicana brasileira é recheada de golpes de Estado e da ascendência de líderes carismáticos, bem à moda do que se passa no restante da América Latina. A própria Assembleia Constituinte, composta por parlamentares atuantes sob designação diversa, é figura curiosa sob a ótica comparada, bem assim a aporética refundação da Estado de Direito mediante deflagração de um mar de instabilidades e insegurança jurídica – vero ideal-limite daquele. A propósito, v. ZIMMERMANN, A. Constitutions without Constitutionalism: the failure of Constitutionalism in Brazil. In: SELLERS, M. e TOMASZEWSKI, T. (Orgs.). *The Rule of Law in Comparative Perspective*. Dodrecht: Springer, 2010, *passim*.

¹³² Cf., a propósito: POKOL, B. *The juristocratic State: its victory and possibility of taming...*, p. 31, PORTINARO, P. P. Beyond the Rule of Law: judges' tyranny or lawyers anarchy? In: COSTA, P. e ZOLO, D. *The rule of law: History, Theory and Criticism*. Dodrecht: Springer, 2007, *passim*, e WATSON, A. Legal culture v. legal tradition. In: HOECKE, Mark v. (Org.). *Epistemology and methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 3.

¹³³ MITIDIERO, D. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 33-53.

¹³⁴ MITIDIERO, D. *Cortes superiores e cortes supremas...*, pp. 53-78.

¹³⁵ MARINONI, L. G. *A ética do precedente: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014, pp. 90-91.

Este universo temático, dado o recorte do presente trabalho, não será aqui explorado¹³⁶.

Um ingrediente decisivo deste caldo constitucional, a conferir seriedade e unidade ao Direito Brasileiro, é o sentido factível de segurança jurídica à luz de tal contexto – o qual se passará a desenvolver após uma primeira aproximação ao impacto dessas viragens sobre o Direito Civil.

1.3 SENTIDOS E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O governo jurídico das relações entre particulares em solo brasileiro, no bojo desta ordem de transformações, também experimenta mudanças sensíveis. A tomada de consciência quanto à submissão e a subserviência do Direito Civil à ordem constitucional conduziu à formulação de novas perguntas e respostas, articuladas nesta pauta político-jurídica. E isto se deflagrou já ao alvorecer da Constituição Federal de 1988.

Os quatro aspectos da codificação (racionalização, progresso, pedagogia e utopia)¹³⁷, nesta onda, perderam-se diante não apenas de mudanças sociodemográficas, mas também frente a uma nova realidade normativa e institucional. É dizer: o Código não mais basta para *racionalizar* o discurso jurídico em torno de um corpo normativo uniforme e abrangente, ao tempo em que se desassocia da ideia de *progresso*, particularmente ao alvorecer da terceira e da quarta revoluções industriais, e deixa, pois, de ser a cartilha da *(re)fundação social*. A derrocada das primeiras três coordenadas leva a última, a *utópica*, a reboque: os ideais modernos de liberdade e igualdade (formal) que informam as codificações civis em geral e o mundo da segurança por elas projetado se dissolve no mar de incertezas da contemporaneidade¹³⁸.

¹³⁶ Seja facultado remeter a MARINONI, L. G. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹³⁷ Cf.: DIEZ-PICAZO, L. Codificación, descodificación y recodificación. *Thémis*, pp. 11-18, v. 25, 1993, p. 12.

¹³⁸ Cf.: DIEZ-PICAZO, L. Codificación, descodificación y recodificación..., pp. 11-18, v. 25, 1993, pp. 12-14. Também nesta linha, Penteado anota: “os códigos civis fixaram uma doutrina que estratifica os valores das revoluções burguesas e liberais, valores estes que se tornam constitucionais no sentido de fixos, absolutos e tendencialmente imutáveis. Entretanto, a

Apesar das críticas dirigidas à prodigalidade do então novo texto constitucional e à inexistência de uma diretriz uniformizadora bem definida, os compromissos fundantes em torno da promoção da dignidade humana e da solidariedade social, agregados à celebração de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, viabilizou uma profunda reconsideração dos institutos fundamentais de Direito Civil.

A tônica não patrimonial das escolhas do constituinte interfere diretamente nos tradicionais institutos do Direito Privado, no sentido do que se convencionou chamar de *despatrimonialização*¹³⁹ daquele. Mais que isso: impulsiona um repensar da idolatria do Código Civil como a constituição do indivíduo¹⁴⁰ e continente exclusivo das soluções para problemas inerentes às relações interprivadas. Isto malgrado os recortes por si historicamente promovidos, em prestígio não à *pessoa*, mas a quatro avatares do *sujeito de direito*: contratante,

aceleração do tempo e a interação mais intensa entre os agentes sociais, tornou necessária profunda alteração nessa lógica e a consequente necessidade de mudança da noção de sistema subjacente às codificações oitocentistas. (...) A redução de complexidade não pode ser tão intensa que seja uma verdadeira castração de corpos representativos de importantes forças e aspectos” da realidade (PENTEADO, L. C. *Integração de contratos incompletos...*, p. 24).

¹³⁹ Tem-se repetido a afirmação de que “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando entre o personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial (...). [Trata-se de] encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”. E o percorrer desta rota conduziria a que “Os direitos da pessoa esperam a realização concreta mesmo através de técnicas civilísticas, sem renúncias e sem fugas para o panpublicismo. Não se trata de um retorno ao privado, mas de progresso para a atuação dos princípios constitucionais. (...) A ‘despatrimonialização’ do direito civil é o caminho para a reconstrução do sistema, Não é uma moda, mas uma escolha de política legislativa de alcance histórico” (PERLINGIERI, P. *Perfis do Direito Civil...*, pp. 33 e 65-66).

¹⁴⁰ “O Direito Civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. A partir do constitucionalismo moderno, nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum” (LÔBO, P. L. N. *Direito Civil-Constitucional*. In: TEIXEIRA, A. C. B. e RIBEIRO, G. P. L. (Coords). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 35). No mesmo sentido, após elencar, ilustrativamente, as matérias disciplinadas pelo Código Civil, diz Bydlinski: “O Direito Privado é um ramo do Direito que regula as atividades normais das pessoas entre si, não qualificadas por especiais funções estatais”. Tradução livre. No original: “*Das Privatrecht ist jenes Recht, das sich an die ‘normalen’, nicht durch Staatsfunktionen qualifizierten Personen für ihre Beziehungen untereinander richtet*”. (BYDLINSKI, F. *Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht. Archiv für die Civilistische Praxis*, n.194, pp. 319-351, 1994, p. 321.)

marido, proprietário e testador¹⁴¹. Código, por consequência, tem revista sua função, ora correspondente à estruturação de “categorias amplas e gerais, prescindindo de particularismos setoriais e de tipos concretos, assim como de aspectos de uma economia especial”¹⁴². O abalo à leitura de alguns dos pilares clássicos do Direito Civil pela nascente ordem constitucional, em prol da tutela prioritária da pessoa¹⁴³, traz consigo um redimensionamento amplo da disciplina jurídica das relações entre particulares. Mais que isso: altera, como reportam Schreiber e Nevares, a *razão* pela qual direitos e garantias são atribuídos às pessoas ou aos grupos de pessoas¹⁴⁴.

As coisas, contudo, não são tão simples quanto parecem; tampouco as respostas oferecidas em cada contexto podem almejar algo além da provisoriedade.

Mesmo antes do advento da Constituição Republicana, a unidade do Código dava sinais de ruína – ocasionando uma fragmentação da ordem jurídica – da qual exsurtiu, progressivamente, uma espécie de sistema planetário, em que corpos estatutários esparsos regulam, cada um a seu modo, aspectos da vida em relação¹⁴⁵. Sem embargo da preservação da Parte Geral codificada, então, o sistema-código viu fraturados seus ângulos e parâmetros. Daí se falar no sacrifício, em nome da especialidade, da *sistematicidade* que funda a noção de segurança (formal) cara ao ideário codificador¹⁴⁶ – tanto na onda decimonônica quanto na da chamada *segunda codificação*, que marca os

¹⁴¹ Este recorte, bastante enfatizado por Tepedino (TEPEDINO, G. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.2) e por Fachin (FACHIN, L. E. *Teoria Crítica do Direito Civil...*, p. 98), corresponde ao que Lorenzetti alcinha de *umbral do Direito Privado*. Diz o professor argentino: “Existe um umbral de entrada ao Direito Privado, que importa a exclusão de grandes grupos de pessoas: nem todos chegam a ser proprietários, contratantes, trabalhadores ou autores em um processo. Estas exclusões permaneciam ocultas sob nossos esquemas mentais: é a forma como se vê que impede a visão. Trata-se de condicionamentos epistemológicos que impedem apreciar o que é evidente, e quando mudam, outras evidências surgem” (LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 87).

¹⁴² PENTEADO, L. C. Integração de contratos incompleto..., p. 27.

¹⁴³ BODIN DE MORAES, M. C. A caminho de um direito civil constitucional. In: BODIN DE MORAES, M. C. *Na medida da pessoa humana...*, *passim*.

¹⁴⁴ SCHREIBER, A; NEVARES, A. L. M. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil..., p. 40.

¹⁴⁵ LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado...*, p. 45.

¹⁴⁶ Cf. OST, F. e KERCHOVE, M. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

ordenamentos jurídicos nacionais do ocidente desde a metade final do século XX¹⁴⁷. Isto a despeito dos diagnósticos célebres de Irti¹⁴⁸, em solo italiano, com fortes projeções para a comunidade jurídica brasileira, e de Gomes, que se desiludira com o projeto de Código Civil¹⁴⁹.

A proliferação, nesta esteira, de regimes especiais não unificados segundo os parâmetros da codificação, somada à acepção de separação de poderes cara ao modelo de Estado de Direito, rendeu ensanchas a um problema de relação entre caso e sistema, a resultar em descodificações de primeira e segunda ordem – isto é: a proliferação de leis especiais e o desbravamento da dimensão prospectiva do Direito Civil, para além do Código¹⁵⁰. A propósito, diz Lorenzetti:

A crise do Código desencadeia um problema de relação entre caso e sistema; há um retorno ao casuísmo e uma reconsideração do sistema. (...) O casuísta entende que o Direito, ainda que apoiado em normas,

¹⁴⁷ Não são poucos os exemplos de codificações recentes, como relata, por todos, Rodrigues Junior: “No Direito Comparado, nos últimos 40 anos, a codificação (especialmente nos países da Europa do Leste) e a recodificação mostraram sinais de fecundidade. A mera observação empírica serve para expor essa tendência, ao estilo dos seguintes novos códigos civis: a) Argentina (2015, que passou a tratar de matéria comercial); b) República Checa (em vigor desde 2014, aprovado em 2012, revogou quase uma centena de leis e recodificou o Direito Internacional Privado); c) Romênia (em vigor desde 2011, embora aprovado em 2009, que substituiu o Código Civil de 1865, o Código Comercial de 1887 e o Código de Família de 1954); d) de Timor-Leste (2011); e Rússia (2009, quando entrou em vigor a parte IV, sobre propriedade intelectual, embora sua Parte I seja datada de 1994, em vigor em 1995); f) Brasil (2002); g) Lituânia (2000); h) Macau (1999); i) Quebec (1994, substituiu o Código Civil do Baixo Canadá, de 1865), além da anunciada elaboração de um código civil para a República Popular da China e os debates sobre a necessidade de um código civil para a Índia. As reformas dos códigos da Holanda (1992), da Alemanha (2002) e da França (2016) são exemplos da vitalidade do modelo de organização e sistematização de normas de Direito Civil na contemporaneidade” (RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Direito Civil Contemporâneo*..., pp. 116-117). Isto muito embora os Códigos típicos da chamada *segunda codificação* tenham características bastante peculiares em relação aos oitocentistas, como aponta Martins-Costa: “os Códigos Civis da segunda metade do século XX em diante, apresentam algumas modificações na técnica e da linguagem legislativa. (...) Assim, irrompem na linguagem legislativa indicações de valores, princípios, diretrizes sociais, programas e resultados a serem considerados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, bem como empregam-se terminologias científicas, econômicas, sociais, compatíveis com a idade contemporânea” (MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no Direito Privado*..., p. 133).

¹⁴⁸ Cf. PEDRÓN, A. P. La segunda codificación. In: CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES. *Seguridad jurídica y codificación*. Madrid: J. San José S.A., 1999, p. 76. Convém sublinhar que o próprio Irti, o qual teria anunciado a Era da Descodificação com propósitos descritivos (não prescritivos), denuncia a reemergência dos Códigos Civis no crepúsculo do Século XX e alvorecer do Século XXI – cf. IRTI, N. *Codice Civile e società politica*. Roma: Laterza, 1995, *passim*.

¹⁴⁹ V., a propósito: GOMES, O. Balanço resumido do Direito Civil. In: GOMES, O. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 28 e 29; e GOMES, O. A caminho dos microsistemas. In: GOMES, O. *Novos Temas de Direito Civil*..., pp. 41-50.

¹⁵⁰ DIEZ-PICAZO, L. Codificación, descodificación y recodificación..., p. 15.

só se realiza na decisão dos casos, de modo que a solução repousa na percepção do problema concreto. (...) O pensamento sistemático, diferentemente, concebe o Direito como um conjunto estruturado de normas jurídicas, racionalmente elaborado que além de uma ordem interna tem uma conexão conceitual interna e encerra em si mesmo todas as soluções possíveis para os problemas que se apresentam na vida social¹⁵¹.

Com ela, veio abaixo o já combalido valor performático do Código. Isso não implica, todavia, uma automática e inteira transição para um novo estado de coisas. Antes e segundo o ideário dominante à época, era necessário *reunificar o Direito Privado*¹⁵². Neste propósito restaurador de um ápice ao governo jurídico das relações interprivadas, a regência constitucional de temas a si caros dava um novo e sonoro tom. Um tom que, como antecipado acima, esfacelava o prestígio da igualdade formal, cara aos *contratantes, maridos, proprietários e testadores*, em prol da afirmação da igualdade substancial das *pessoas* histórica e concretamente situadas. É o que confirma o parecer de Fachin e Pianovski Ruzyk:

A Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico (...). Perde sentido o binário interioridade-exterioridade dos direitos fundamentais, que adquirem, também, feição prestacional. (...) Os três pilares de base do Direito Privado – propriedade, família e contrato – recebem nova leitura, que altera suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa. De fato, modelos e conceitos não são o verdadeiro objeto do direito, mas, apenas, seu instrumento¹⁵³.

¹⁵¹ LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado*..., p. 80.

¹⁵² Diz Tepedino: “Assim como na Europa Continental, numerosas leis especiais passaram a regular setores relevantes do ordenamento, na medida em que a disciplina do Código era considerada mais e mais ultrapassada. Este processo, amplamente registrado em doutrina, conhecido como *movimento de descodificação*, na experiência brasileira reservou à Constituição de 1988 o papel reunificador do sistema.” (TEPEDINO, G. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, G. (Coord). *O Código Civil na perspectiva Civil—Constitucional*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 3). Exatamente no mesmo sentido, v. BODIN DE MORAES, M. C. *O direito civil constitucional*. In: BODIN DE MORAES, M.C. *Na medida da pessoa humana*..., pp. 25-26.

¹⁵³ FACHIN, L. E. e PIANOVSKI RUZYK, C. E. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, I. W. (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.99.

Daí se fazia necessária uma ideia que, sem degenerar o texto constitucional para um macrocódigo, trouxesse consigo a rigidez e a segurança prestigiados pela comunidade jurídica ressentida pelo alardeado fim de uma era¹⁵⁴. Estes atributos foram vislumbrados pelos precursores do chamado Direito Civil-Constitucional na dita *tábua de valores da Constituição*¹⁵⁵, conforme lapidar passagem de Tepedino, no sentido de que o novo texto constitucional impõe, ao intérprete, um redesenho do Direito Civil segundo a Constituição. É dizer: exige uma postura que não negue a existência dos universos legislativos setoriais, mas que busque erigir, das bases constitucionais, a unidade do sistema, “deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”¹⁵⁶.

A *tábua axiológica*, vale dizer, refunda o ordenamento e lhe restitui um marco estabilizador¹⁵⁷, em correspondência à já referida ordem objetiva de valores da Constituição de Bonn – expressão quiçá metafísica, que não guarda correspondência com o argumento desenvolvido neste trabalho. Permite o vislumbre de que a Constituição emerge como sede dos ângulos e parâmetros da ordem regente das titularidades, do trânsito jurídico e do projeto parental – os quais não deixam de ser institutos de Direito Civil (ou Privado), pois, como já se

¹⁵⁴ Trata-se da Era da Codificação, que à época, pensava-se decadente diante da antitética *Era da Descodificação*. “Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento” (BODIN DE MORAES, M. C. A caminho de um direito civil constitucional..., p. 8).

¹⁵⁵ A expressão, embora importante no contexto do início da construção do Direito Civil Contemporâneo, não é acolhida neste trabalho, como se explicará, mais detalhadamente, adiante.

¹⁵⁶ TEPEDINO, Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil..., p. 13.

¹⁵⁷ Diz-se, na literatura aderente à abordagem Civil-Constitucional: “De acordo com a metodologia civil constitucional, o processo de criação da norma por meio da interpretação deve ter como fio condutor a Constituição, ato normativo hierarquicamente superior no ordenamento jurídico brasileiro, constituído por disposições perceptivas dirigidas a todos os atores jurídicos. Toda a interpretação e aplicação de norma jurídica é, pois, antes de tudo, interpretação e aplicação da constituição; se essa aplicação é direta ou indireta, pouco importa, uma vez que o que prevalecerá, ao fim e ao cabo, é a norma constitucional” (TERRA, A. M. V. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, A. e KONDER, C. N. (Coords.) *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 49).

pôde sustentar alhures, a Constituição não é de Direito Público ou Privado, mas simplesmente de Direito¹⁵⁸.

O valor performático do Código Civil se vê, portanto, em ruínas. E isto se preserva mesmo com a ulterior promulgação do Código Civil de 2002, embora haja vozes sugestivas de uma dicotomia estrutural (e estruturante) entre Público e Privado, centrados, respectivamente, na Constituição e no Código Civil¹⁵⁹. O estado do Direito Civil brasileiro contemporâneo, entretanto, tem dado razão à primeira leitura, segundo a qual a vera e própria parte geral do ordenamento jurídico se encontra não no Código, mas na Constituição, ora convolada em *estatuto de base* da vida comunitária¹⁶⁰. Esta ordem de ideias e ideais traz consigo o que Ehrhardt Junior qualifica como uma crise inédita dos modelos teóricos iluministas de compreensão da Ciência Jurídica. Como consequência, em suas palavras: “o Direito Civil deixa de ser o centro de regulação da ordem privada e o intérprete passa a se valer dos princípios constitucionais para a reunificação do sistema (...) evitando antinomias provocadas por núcleos normativos díspares, correspondentes a lógicas setoriais nem sempre coerentes”¹⁶¹.

¹⁵⁸ ARNT RAMOS, A. L. *Responsabilidade por Danos e Segurança Jurídica: Legislação e Jurisdição nos Contextos Alemão e Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 136.

¹⁵⁹ Importante voz a sustentar a pertinência, com poucas ressalvas, da *summa divisio* na comunidade jurídica brasileira, é a de Rodrigues Junior – v., a propósito: RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Direito Civil Contemporâneo...*, *passim*; e RODRIGUES JUNIOR, O. L. Estatuto epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, a.11, n.143, pp.43-66, 2011.

¹⁶⁰ As anotações de Irti dizem muito a respeito do papel do Código Civil em contextos como este: “Quando, então, o Código se coloca historicamente depois da entrada em vigor de uma Constituição, ele desenvolve a missão de realiza-la e traduzi-la em normas ordinárias. Que as normas constitucionais, interpretadas à luz das leis que as realizam, ganham ou geram novos significados, em profícua circularidade hermenêutica. Constituição e código são, de tempo em tempo, garantes da unidade do ordenamento”. Tradução livre. No original: “Quando poi il codice si collochi storicamente dopo l’entrata in vigore di una costituzione, esso svolge la funzione di attuarla e di tradurla in norme ordinarie. Qui le norme costituzionali, interpretate alla luce delle leggi attuative, prendono o generano nuovi significati in proficua circolarità ermeneutica. Costituzione e codice civile sono, di tempo in tempo, garanti dell’unità dell’ordinamento” (IRTI, N. *Codice Civile e società politica...*, p. 37).

¹⁶¹ EHRHARDT JUNIOR, M. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do Direito de Danos. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Bahia*, v. 22. n. 24, pp. 147-164, 2012, pp. 150 e 152. A mesma linha é traçada por Catalan, que adverte: “uma Constituição, hodiernamente, não é apenas carta política; é o vetor integrador de todo o Direito pátrio” (CATALAN, M. J. Na escuridão do labirinto, sem a companhia de Ariadne, tampouco a de Teseu: uma ligeira reflexão acerca da medida provisória da liberdade econômica. *REDES: Revista eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 7, n. 2, pp. 7-14, ago. 2019, p. 11).

A Constituição, vale dizer, se firma constitutiva de todo o ordenamento – inclusive do Direito Civil – em oposição à precedente feição constitutiva do Código Civil, a alcançar todo ordenamento – e não apenas o Direito Civil. Este mesmo argumento, segundo narra Hollstein, foi desenvolvido por Nipperdey, o qual, no curso de sua extensa produção, delimitou a Constituição (de Bonn) como parte geral do ordenamento jurídico alemão desde uma ótica fortemente valorativa¹⁶².

Mas a rigidez da tábua não sobreviveria às mudanças no estado da arte – compreensivas dos influxos e refluxos da teoria e da prática do Direito –, especialmente no que tange à apreensão da própria constitucionalização. Explica-se: a promulgação da Constituição de 1988 foi além de representar o advento de um renovado Direito Constitucional Positivo (a integrar a *constituição formal* do Direito Civil). Inaugurou toda uma ordem de princípios (conformadora da *constituição substancial*) e franqueou espaço à atividade interpretativa centrada na atribuição de sentido aos significantes que integram o governo jurídico das relações interprivadas, à vista não só das normativas constitucionais e infraconstitucionais, mas também da força jurígena dos fatos (*constituição prospectiva*)¹⁶³. É dizer: de fato se faz impossível negar a constitucionalização do Direito Civil brasileiro em pleno Século XXI, mas, ao contrário do sugerido por Rodrigues Junior¹⁶⁴, esta não se confunde com as deferências dos civilistas brasileiros dos últimos dois séculos à autoridade das normativas das Constituições brasileiras anteriores a 1988.

A partir desta formulação se molda uma “teoria que não se deixa enclausurar, não se pautando em conceitos prontos; que não se pretende

¹⁶² Para maior detalhe, cf. HOLLSTEIN, T. *Die Verfassung als ‘Allgemeiner Teil’*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, pp. 178 e ss.

¹⁶³ Nas palavras de Fachin: “Para tanto, tenha-se presente a tríplice dimensão da Constituição: formal (apreendendo as regras e princípios expressos no texto constitucional), substancial (apreendendo a Constituição efetivada pelos pronunciamentos da Corte Constitucional e pela incidência dos princípios implícitos que derivam dos princípios explícitos do texto constitucional) e a prospectiva, a qual se vincula a ação permanente e contínua, num sistema jurídico aberto, poroso e plural, de ressignificar os sentidos dos diversos significantes que compõem o discurso jurídico normativo, doutrinário e jurisprudencial, especialmente no que concerne à tríplice base fundante do governo jurídico das relações sociais, isto é, propriedade, contrato e família” (FACHIN, L. E. FACHIN L. E. Em defesa da constituição prospectiva e a nova metódica crítica do direito civil e suas ‘constitucionalizações’..., p. 7). V., também: FACHIN, L. E. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

¹⁶⁴ Cf. RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Direito Civil Contemporâneo...*, p. 206.

estática, reconhecendo a transitoriedade; que recolhe a juridicidade emergente da facticidade sem negar a normatividade das leis e da Constituição”¹⁶⁵. Esta revigorada postura, que se proclama simultaneamente tópica¹⁶⁶ e sistemática¹⁶⁷, põe-se em diálogo com a dinamicidade (e, portanto, com a essencial mutabilidade) inerente ao fenômeno jurídico, sem render homenagens à chamada vulgarização¹⁶⁸ ou carnavalização¹⁶⁹ do Direito, ou ainda ao protraído

¹⁶⁵ PIANOVSKI RUZYK, C. E. Teoria Crítica de Luiz Edson Fachin e a Superação do Positivismo Jurídico (Prefácio). In: FACHIN, L. E. *Teoria Crítica do Direito Civil...*, p. iii.

¹⁶⁶ Nas palavras de Viehweg, “O ponto mais importante ao se endereçar a Tópica é a observação de que ela é a técnica de pensamento baseada ao problema”. Tradução livre. No original: “*Der wichtigste Punkt bei der Betrachtung der Topik ist die Feststellung, daß es sich hier um diejenige denkerische Techne handelt, die sich am Problem orientiert*” (VIEHWEGM T. *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. 5ª Ed., revista e aumentada. Munique: C. H. Beck, 1974, p. 31).

¹⁶⁷ Oportuna a explanação de Caroccia: “A tópica não é concebida como uma técnica de tomada de decisões, mas como meio de formular hipóteses de soluções racionais, enquanto a dogmática é necessária para verificar a coerência dessas soluções com o sistema. Sistema e problema coexistem. O primeiro é direcionado ao controle do material jurídico ‘além’ de sua imediata disponibilidade (givenness), de modo o a torná-lo ‘concretamente utilizável’; o último mira à preservação do ‘processo de endurecimento conceitual do sistema jurídico’”. Tradução livre. No original: “*The topic is not conceived as a technique to make decisions, but rather to make hypotheses of rational solutions, while the dogmatic is necessary to verify the coherence of these solutions with the system. System and problem coexist. The former is aimed at controlling the juridical material ‘beyond its immediate givenness’, in order to make it ‘concretely usable’; the latter one is aimed at preventing ‘the processes of conceptual hardening of the legal system’*” (CAROCCIA, F. *Rethinking the Juridical System. Systematic Approach, Systemic Approach and Interpretation of Law...*, p. 76).

¹⁶⁸ Este fenômeno remete à “entrega ao Direito emotivamente criado pelos juízes, sem controle de legalidade e justificado em menores argumentos de conveniente equidade, quando não de propaganda” (PERERA, A. C. *El Derecho Civil: señas, imagenes y paradojas*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 86). Tradução livre. No original: “*entrega al Derecho emotivamente creado por los jueces, sin controle de legalidade y justificado em menores argumentos de conveniente equidade, cuando no de propaganda*”.

¹⁶⁹ É a alcunha utilizada por Konder, na seguinte passagem, que refere ao pioneirismo de Sarmento na cunhagem da expressão (cf. SARMENTO, D. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. Disponível na Internet via: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Última consulta em 05.10.2019): “De fato, o cenário aterrador com que nos confronta a jurisprudência contemporânea é de decisões que, às vezes até mesmo sob o pretexto da abertura do sistema pela constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que vem sendo chamado de banalização ou mesmo ‘carnavalização’ do Direito” (KONDER, C. N. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 60, n. 1, pp. 193-213, jan-abr. 2015, p. 205). A expressão é também utilizada por Warat, a partir de Bakhtin, em sentido bastante diverso do aqui indicado. Diz ele, a propósito: “Quando se fala da carnavalização se quer fazer, sobretudo, referência a um determinado tipo de imaginário: o imaginário carnavalizado, que não é outra coisa que uma imaginação surrealista. Uma tentativa de imitar a linguagem. O imaginário carnavalizado produz sempre surpresa nas significações. Outorga aos acontecimentos e dados que recebe dos sentidos efeitos e articulações inesperadas. (...) Enfim, um imaginário que organiza suas significações à margem da pertinência que os códigos consagram, vale dizer, das

sentimento constituinte criticado pela literatura cética¹⁷⁰. Antes, quer enaltecer a virtude da conjugação – se bem que aporética – da tendência antissistemática da tópica¹⁷¹ ao rigor do pensamento sistemático¹⁷². Isto é: o encaixe do pensamento problemático¹⁷³ nos horizontes de um sistema, que não pode senão ser poroso, aberto e plural¹⁷⁴. Assim, na didática explanação de Pianovski Ruzyk:

homogeneidades que fazem dos sentidos uma língua: sentidos que não são interiores aos códigos, mas sem que suas ambiguidades constitutivas atinjam um nível intolerável” (WARAT, L. A. *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 71).

¹⁷⁰ Está-se a referir a Sundfeld, que registra: “O sentimento constituinte é, em suma, uma atitude de soberba, construída na base do desprezo aos políticos (‘impuros’), que autoriza os homens do Direito (‘os puros’) a elaborar, no interior de seu próprio mundo (as Academias e os Tribunais), soluções jurídicas para problemas administrativos, econômicos, sociais e de organização política, com relativa autonomia frente à ordem legal editada pelo Poder Legislativo. É uma força maior do fenômeno constitucional brasileiro, que levou nossa literatura e nossa jurisprudência a terem um caráter muito mais constitutivo, originário, criativo, do que seria de se esperar ante uma Carta tão analítica” (SUNDFELD, C. A. *Que Constituição?...*, p. 54).

¹⁷¹ Nesta esteira, diz Calfuarrapa: “[A] relação da tópica e da argumentação em sua orientação antissistemática e antilogicista se radica em considerar que o raciocínio jurídico não é e nem deve ser sistemático, ou seja, deduzível a partir de sistemas fechados, mas tópico – a partir de problemas ou casos abertos” (CALFURRAPA, R. B. *La tópica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia. Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. XXXIX, pp. 587-606, 2º sem., 2012, p.585). Tradução livre. No original: “*la relación de la tópica y la argumentación en su orientación antissistemática y antilogicista radica en considerar que el razonamiento jurídico no es ni debe ser sistemático, es decir, deducible a partir de sistemas cerrados, sino tópico – a partir de problemas o casos abiertos*”.

¹⁷² V. MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no Direito Privado...*, pp. 208 e ss.

¹⁷³ *Problema*, segundo Viehweg, é toda questão que parece admitir mais de uma resposta e que necessariamente pressupõe uma compreensão provisória, a partir da qual aparece como questão a ser seriamente tomada em conta e para a qual se busca precisamente uma resposta como solução.”. Tradução livre. No original: “*Problem eine jede Frage, die anscheinend mehr als eine Antwort zuläßt, und setzt man notwendigerweise ein vorläufiges Verständnis voraus, nach dem irgend etwas überhaupt als ernstzunehmende Frage erscheint, wird eben nun eine Antwort als Lösung gesucht*” (VIEHWEG T. *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung...*, p. 32).

¹⁷⁴ Os *sistemas abertos*, malgrado assimilados pelas Humanidades (cf. LASZLO, E. *La gran bifurcación*. Barcelona: Gedisa, 1990) remetem às Ciências Duras, nas quais se explicam como “sistemas que participam em algum tipo de intercâmbio contínuo com o ambiente. Caracterizam-se, estes sistemas, por uma certa dose de flutuação, isto é, são vulneráveis e acessíveis a diferentes tipos de energia, matéria e informação que penetram neles e que fluem através de suas estruturas” (GRÜN, E. *El Derecho Posmoderno: un sistema lejos del equilibrio. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, v. 21, n. 2, 1998. p.168. tradução livre). No original: “*sistemas que participan en algún tipo de intercambio continuo con el ambiente. Se caracterizan estos sistemas por una cierta dosis de fluctuación, es decir, son vulnerables y accesibles a diferentes tipos de energía, materia e información que penetran en ellos y que fluyen a través de sus estructuras*”. Na literatura jurídica, olhares atentos, embora afetados à perspectiva valorativa aqui criticada, percebem que: “sucumbe a completude como dogma que a teoria tradicional do Direito Civil, em constante visão de excludência social (por vezes direta, em outras indireta), pela compreensão do sistema como aberto, visto não se exaurir em regras, incompleto porém sempre completável sob pena de anomia – por inexistir lacuna de valores – que conduz a necessidade de resposta e proximidade social do Direito para com o destinatário da ordem jurídica” (ARONNE, R. *Sistema Jurídico e Unidade Axiológica: Os Contornos Metodológicos do Direito Civil-*

A incompletude é traço inafastável de um saber que se pretende crítico, e que, nessa medida, não se compraz com construções dogmáticas que aspirem à estabilidade e a assunção de um lugar de verdades definitivas. A construção do saber se dá pela problematização e pela provisoriedade das conclusões, ainda que dotadas de pretensão de veracidade. (...) Rechaçar as pretensões de clausura e de completude importa ponderar sobre a importância de se pensar o saber pertinente à Teoria do Direito Civil como um sistema. (...) não (...) mais como nos termos da Teoria Geral do Direito Civil de base Pandectista, como sistema completo e fechado em seus próprios conceitos (...), mas, sim, como sistema dotado de abertura (...). A abertura da Teoria do Direito Civil impõe a intersecção com outros ramos do Direito e a porosidade aos fenômenos concretos objetos de normatização; a abertura do sistema jurídico, a seu turno, impõe a abertura do Direito à força normativa que emerge dos fatos, como resultado das demandas sociais¹⁷⁵.

Tudo isso se imbrica no contexto da interseção entre as viragens caras à emergência do Estado Constitucional e os contemporâneos debates havidos na Teoria do Direito, mormente no âmbito da teoria da interpretação, que rechaça o combalido (mas ainda latente na prática jurídica brasileira) mito da unidade entre texto e norma¹⁷⁶, afirmando, peremptoriamente, a existência de uma *dualidade*¹⁷⁷. Como consequência, a rigidez da tábua constitucional e seu caráter axiológico perdem sentido frente ao estado do Direito Civil brasileiro contemporâneo – muito embora Fachin, ao delimitar o argumento pela tríplice

Constitucional. In: ARONNE, R. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: Estudos Preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.46).

¹⁷⁵ PIANOVSKI RUZYK, C. E. A importância de uma Teoria (Geral) do Direito Civil. In: TEIXEIRA, A C. B. e LEITE, G. P. L. (Coords). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, pp. 152-153.

¹⁷⁶ A advertência de Zaneti Junior é emblemática neste ponto: “A teoria da interpretação é central para a correta compreensão da dogmática jurídica contemporânea. O direito lida com textos. Os textos precisam ser interpretados. Não se podem mais confundir, como se fazia uma vez, texto e norma, o dispositivo e seu sentido normativo. A clareza do texto pode contribuir para a sua interpretação, mas não a elimina. As normas não se confundem com os textos e o que se *aplica* no direito são as normas, não os textos”. (ZANETI JUNIOR, H. Cortes Supremas e Interpretação do direito. In: GALLOTTI, I. *et al* (Coords.). *O Papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp.179-180).

¹⁷⁷ Daí se dizer, *e.g.*, que: “os textos legais (ou enunciados normativos) ‘constituem uma mera possibilidade de Direito’, pois sua transformação em normas jurídicas ‘depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete’ (...). Normas não são, portanto, a matéria bruta do raciocínio jurídico, pois sua formulação depende da inteligência de um (ou mais de um) determinado enunciado estabelecido pelo legislador, por meio de um processo mental de interpretação ou adscrição de sentido” (BUSTAMANTE, T. R. *Teoria do precedente judicial...* p. 233).

constituição do Direito Civil, incorpore uma axiologia mínima, de viés dinâmico, à qual pretende conferir a objetividade da deontologia¹⁷⁸.

A *constitucionalização*, portanto e de fato, *não* é apenas a sobreinterpretação ou reinterpretação os textos normativos ordinários a partir do constitucional, tampouco a elevação da dignidade humana como elemento funcionalizante do Direito Civil, a postura da Constituição no centro do ordenamento, a emergência do controle de constitucionalidade e da interpretação constitucional de textos normativos, a profusão de cláusulas gerais ou a socialização do Direito Civil. Essas linhas explicativas, além de impróprias, por remeterem a construções históricas muito anteriores ao advento das democracias constitucionais ou por confundirem consequentes e antecedentes, efetivamente contribuem para um nefasto sincretismo em torno do tema, como explicita Rodrigues Junior¹⁷⁹.

Mas também não é simplesmente elevação de normas ordinárias ao texto constitucional, como sugerido por Favoreu¹⁸⁰, no que é aproveitável ao contexto brasileiro¹⁸¹, a partir da França da segunda metade do Século XX, ou reformas legislativas, como sustentado por Bittar¹⁸². Estas são leituras fragmentárias e insuficientes, embora façam sentido nos contextos em que surgiram, afetos a recorte sobretudo *formal* da Constituição (ou da *constitucionalização*). Antes – e

¹⁷⁸ Este não completo fechamento à temática dos valores é explicitado (i) pelas expressões utilizadas para explicar a constituição substancial: “principiologia axiológica constitucional”; e (ii) pela estruturação da tese da força construtiva dos fatos. Essas premissas, contudo, podem ser afastadas em prol de abordagem deontológica se postas nos esquadros do argumento de Poscher quanto à qualidade de Midas do Direito – o qual é desenvolvido adiante.

¹⁷⁹ Cf. RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Direito Civil Contemporâneo*..., pp. 167-203.

¹⁸⁰ V. FAVOREU, L., GAÏA, P., *et alii*. *Droit constitutionnel*. 21^a Ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 302.

¹⁸¹ Por razões atadas à conformação histórica do Direito Francês, o autor explica a constitucionalização a partir de uma renovação de mecanismos de produção e aplicação de normas jurídicas, particularmente após a introdução tardia de um sistema de jurisdição constitucional na França – cf. FAVOREU, L., GAÏA, P., *et alii*. *Droit constitutionnel*..., p. 301.

¹⁸² Esta leitura é sinalizada pelo seguinte excerto: “Entendemos, quando à natureza [constitucional] dessas normas, que com base nos princípios primários, o legislador constitucional estabelece comandos para o legislador originário, para o juiz e para os demais intérpretes (como a ‘Lei das Leis’). Nesse sentido, as normas constitucionais definem horizontes, fixam balizas, estabelecem contornos que governarão o Estado e a ordem jurídica do País como normas fundamentais e, portanto, ocupantes do ápice da pirâmide legal. (...) Os mandamentos constitucionais são, pois, normas hierarquicamente superiores, que, uma vez lançadas, revogam as da ordem anterior (...). As relações privadas, no entanto, somente se conduzirão pelos novos princípios uma vez adaptada a legislação interna correspondente” (BITTAR, C. A. A Constituição de 1988 e sua interpretação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 77, n. 635, pp. 32-36, set. 1988, p. 33).

ainda nos esquadros traçados por Rodrigues Junior¹⁸³ –, a constitucionalização é *produto* (não se pode confundir causa com consequência) do argumento em prol da *força normativa da Constituição*, em leitura talvez enviesada, mas integrante da vivência do Direito na comunidade jurídica brasileira, do articulado por Hesse¹⁸⁴ em oposição às ideias então dominantes de Lassalle¹⁸⁵, e de uma sequência de viragens institucionais, robustecidas pela irradiação do Direito Constitucional.

Mas há uma distância oceânica entre ser *produto* de algo e com este se confundir. A Constituição não nasce Constituição; faz-se Constituição, exatamente como o Código, conforme emblemáticos excertos de Fachin¹⁸⁶. Daí se extrai que o estabelecimento de *inputs* e *outputs* entre Codificação, Constituição e fatos, põe-se como de índole dialógica, a qual abarca e encoraja a renovação dos significantes empregados no discurso jurídico (e.g.: relação jurídica, família, contrato, responsabilidade civil, empresa, propriedade e posse). Isto sem que se eliminem os verbetes inseridos no Código, os quais, então, submetem-se a um verdadeiro rejuvenescimento interno, proveniente tanto da normatividade irradiada da Constituição, quanto de transformações sociodemográficas e da atuação progressiva da literatura especializada¹⁸⁷. É o que enaltece Catalan:

¹⁸³ V. RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Direito Civil Contemporâneo*..., pp. 205-231.

¹⁸⁴ Cf. HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

¹⁸⁵ Cf. LASSALLE, F. *O que é uma Constituição?* Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2007.

¹⁸⁶ Relativamente à Constituição: “Se for admissível que *nenhuma Constituição nasce Constituição, mas se faz Constituição*, também pode ser correto afirmar que o legislador, o aplicador e a doutrina jurídica no Brasil devem muito para adimplir com essa missão fundamental” (FACHIN L. E. Em defesa da constituição prospectiva e a nova metódica crítica do direito civil e suas ‘constitucionalizações’. In: FACHIN, L. E. *Questões de Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar: 2008, p. 5). Relativamente ao Código: “[N]o governo jurídico das relações interprivadas são inegáveis dois caminhos, um, por paradoxal que pareça, do Código (texto) ao Código (norma), e outro, dos Códigos para as Constituições. O primeiro corresponde ao reconhecimento da ausência de um absoluto sentido *a priori* que emerge dos significantes que compõem as normas codificadas; há ductilidades, fronteiras e lacunas a arrostar. Logo, o Código *se faz*, não nasce feito. Esse percurso é uma projeção do sentido constituinte do Direito Civil estribado na ordem constitucional axiológica dos princípios e regras vinculantes. O segundo equivale ao reenvio do Código para o núcleo normativo constitucional, tomado aqui pelo valor jurídico normativo dos princípios. Esse *giro* de lugar ocupado entre Constituição e Código tem sua razão de ser.” (FACHIN, L. E. *Direito Civil*..., p. 56).

¹⁸⁷ PINTO MONTEIRO, A. Interpretação e o protagonismo da doutrina. *Revista Fórum de Direito Civil*. Belo Horizonte, a.4, n.10, pp.291-307, set-dez/2015, p. 292.

Atualmente, é preciso esclarecer, regras e princípios constitucionais não de nortear o processo de construção de todas as respostas que precisam ser dadas para cada problema surgido na multifacetada existência humana interprivada. Em tal contexto, de suma importância, os institutos jurídicos civis servirão como pontes de acesso às promessas constitucionais – dentre elas, existências dignas, solidariedade e cidadania material – e não como simples mecanismos para a satisfação de interesses patrimoniais¹⁸⁸.

O deslocamento, portanto, dá-se rumo a uma nova estação epistemológica, que não despreza a história e a tradição do Direito Civil, mas que também não nega sua inserção em um novo tempo. Nesta senda, é com o permanente e dinâmico aperfeiçoamento da trífrente constitucionalização que permite avançar na leitura da *divisio* Público-Privado e, também, arrostar o sentido do Direito Civil, a partir de suas transformações. O percurso tem seus perigos, sobretudo no tocante a inclinações arbitrárias ou decisionistas, como ressalta Rodrigues Junior:

Para quem decide e não tem grandes preocupações com os custos argumentativos ou a prestação de contas democrática, [o argumento da constitucionalização] é um ótimo meio de justificar escolhas aleatórias e jogar com a constitucionalidade e seu enorme acervo de princípio e direitos fundamentais para se liberar de qualquer conformação racional dos atos decisórios¹⁸⁹.

Trilhá-lo, no entanto, é inevitável. E esta tese visa, precisamente, a arrostar esta dificuldade, mediante a consolidação de um sentido de segurança jurídica consentâneo a tal ordem de ideias, com respeito às categorias e às *rationes* tradicionais do Direito Civil, mas também sem desviar o olhar das peculiaridades do Brasil contemporâneo.

O desafio da comunidade jurídica especializada está, então, em tornar efetivo o Direito Civil fundado na ascensão do Estado Constitucional; um Direito Civil fundado na concretude da pessoa (não do sujeito), defrontado por novas

¹⁸⁸ CATALAN, M. J. Na escuridão do labirinto, sem a companhia de Ariadne, tampouco a de Teseu: uma ligeira reflexão acerca da medida provisória da liberdade econômica..., p. 11.

¹⁸⁹ RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Direito Civil Contemporâneo*..., pp. 230-231.

realidades; um Direito Civil, a bem dizer, existencialista¹⁹⁰, jungido a uma Teoria que não o torne refém da insegurança e do arbítrio. Mais que isso: o desafio repousa sobre uma constante reciclagem dos institutos fundamentais civilísticos, que se preservam eretos como pilares de sustentação do governo jurídico das relações entre particulares, embora, precisamente por sua historicidade, sejam já não mais os mesmos de outrora – o festejo da morte do contrato, respondido pela conhecida exclamação “viva o contrato!”¹⁹¹ é bastante sintomático dessas rupturas em arcos de permanência; e é extensível também para os outros institutos fundamentais de Direito Civil. E assim é pela simples razão de que o “ordenamento é que informa o sentido dos institutos, e não o contrário”¹⁹².

O ascendente prestígio, na comunidade jurídica brasileira, por recortes funcionais em detrimento de análises predominantemente estruturais¹⁹³ – i.e.: as quais depositam maior tônica na pergunta atinente àquilo em que consiste o instituto jurídico que na referente a sua teleologia – lança, ainda, novas luzes sobre a investigação dos institutos fundamentais de Direito Civil. Nesta nova pauta, definida também no âmbito da Teoria do Direito em geral¹⁹⁴, compete investigar os sentidos, dinâmica e finalidade da Disciplina, a resultar na compreensão de que a releitura dos Direito Civil a partir de seus institutos fundamentais é inescapável. Assim, diz Tepedino:

¹⁹⁰ Nesta linha: “A sociedade de massas e de consumo é marcada pela impessoalidade concreta e pela revelação dos valores humanos; tal sociedade escondia a pessoa. A recuperação desta noção de pessoa passa a ser essencial: um sujeito inserido historicamente, com suas fomes, paixões e desejos. Com relações, projetos e planos. Carente de trocas afetivas e de refúgios que lhe devolvam a autonomia, a personalidade e a humanidade” (CORTIANO JUNIOR, E. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v.45, pp.99-102, 2006, p.102).

¹⁹¹ Cf. GILMORE, G. *The death of contract*. 2a Ed. Ohio: Ohio University Press, 1995.

¹⁹² MORAES, B. T. e MAGALHÃES, F. P. Historicidade e relatividade dos institutos e a função promocional do Direito Civil. In: SCHREIBER, A. e KONDER, C. (Coords.). *Direito Civil Constitucional...*, p.131.

¹⁹³ A propósito: “Do Direito Civil aos direitos civis fundamentais, a estrutura cede passo à função.” (FACHIN, L. E. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim...*, p. 95).

¹⁹⁴ Norberto Bobbio, ao introduzir célebre capítulo dedicado à análise funcional do Direito, registra a mudança de percepções da Teoria do Direito quanto à prevalência de vieses analíticos estruturais ou funcionais, inclusive anotando seu espanto relativamente à velocidade com que estes últimos ganharam popularidade “Quando, em 1971, escrevi o artigo intitulado *Verso una teoria funzionalistica del diritto* [Em direção a uma teoria funcionalista do direito] para demonstrar o quanto prevalecera, até então, na teoria geral do direito, o ponto de vista estrutural em relação ao ponto de vista funcional, e para indicar uma tendência contrária, à época já evidente, do estruturalismo ao funcionalismo, não imaginava a rapidez e a intensidade com que essa tendência se desenvolveria” (BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 81).

O contrato, a propriedade, a empresa, a família, a responsabilidade civil e a sucessão *causa mortis* devem estar permeados pela tensão constante entre a liberdade e a solidariedade, para que seja concretizada a dignidade da pessoa humana em cada uma das relações que tais institutos estabelecem¹⁹⁵.

E isto não significa se render a um coletivismo datado ou capitular diante de desgastados modelos de organização político-jurídica. A ideia de função no Direito Civil supera a crise poliédrica¹⁹⁶ que o crepúsculo do Século XX lhe impôs, por meio do já referido rejuvenescimento interno de seus sentidos pela atuação da comunidade jurídica especializada; pela intersecção entre Teoria e Prática do Direito Civil. Este movimento se dá em três frentes, salutarmente diversas e heterogêneas, embora essas qualidades as vezes conduzam a isolamentos e à ausência de diálogo, o que prejudica a construção de consensos estabilizadores¹⁹⁷. Em vez de conchaves de convicções imutáveis e da eternização de preconceitos e imprecisões, convém revisitar as velhas dúvidas quanto à função no Direito (as quais não são produto apenas da chamada constitucionalização), para que não se recaia no vício de *repetir sonoras platitudes*¹⁹⁸.

A primeira delas, dominante na literatura ancorada em alguns dos precursores do chamado Direito Civil-Constitucional Brasileiro, toma a *função* de

¹⁹⁵ TEPEDINO, G. Prefácio a NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 5.

¹⁹⁶ Poliédrica porque multifacetada, conforme articulado por Pianivski Ruzyk: “Apontar uma crise, porém, demanda a demonstração a respeito de por meio de que aspecto (ou aspectos) ela pode ser identificada. O ponto de partida da análise respeita ao fato de que a funcionalização típica do século XX consiste no que se poderia denominar de função social. Propõe-se, aqui, cogitar de quatro aspectos da suposta crise, de modo a aferir se, efetivamente, ela seria real ou aparente (ou, se real, seria essa crise apta a desqualificar a pretensão de funcionalização ou apenas demandaria nova fundamentação e alteração parcial de seu significado e das suas pretensões). Esses aspectos consistem em: a) crise ideológica; b) crise de efetividade; c) crise do Estado de Bem-Estar Social; d) crise de fundamentação” (PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 190).

¹⁹⁷ V. EHRHARDT JUNIOR, M. e BARROS DE FARIAS, L. R. Por um sistema jurídico que funcione: discutindo a funcionalização do Direito Civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 3, n. 2, pp. 487-517, 2017, p. 489.

¹⁹⁸ A expressão é de Judith Martins-Costa, lançada em texto dedicado, precisamente, à investigação do princípio da função social do contrato: MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, pp. 41-66, mai 2005, p. 42.

seus institutos fundamentais como limite ao exercício de liberdades e exigência de contributos¹⁹⁹, sempre com vistas ao resguardo da *coletividade*. Dela é ilustrativa a posição, dentre tantos outros, de Lôbo, que afirma a supremacia dos *interesses sociais* sobre os individuais, especialmente no que tange ao exercício de liberdades econômicas, seja em perspectiva estática²⁰⁰, seja em senso de dinamicidade²⁰¹. Isto é: a renovação conceitual dos institutos fundamentais de Direito Civil, imprimida por este corte funcional, se volta à eliminação, daqueles, de tudo o que seja eliminável desde o prisma do interesse coletivo²⁰². A mesma orientação é compartilhada pela generalidade dos representantes daquela abordagem teórica. Esta vertente tem, como aspectos centrais e distintivos, o coletivismo e a ênfase à justiça social e à solidariedade – o que se coaduna com a fortíssima influência que a obra de Perlingieri sobre ela desempenha²⁰³.

A segunda frente, em forte expansão no Brasil dos últimos anos da década de 2010, firma-se na contribuição de adeptos das abordagens aglutinadas sob o rótulo Direito e Economia, particularmente de Timm, que, sob

¹⁹⁹ É dizer: “[O] *para que serve* de cada instituto de direito civil, que justifica a própria tutela pelo ordenamento, deve encontrar sua resposta na tábua de valores proposta pela Constituição. Como consequência, a autonomia privada não mais pode ser vista como um valor em si, mas terá fundamentos diversificados conforme valores e interesses que realizar. Mais do que isso, a autonomia privada patrimonial, que já nasce juridicamente constricta por limites externos, também encontra *limites internos*, tendo em vista que seu exercício é funcionalmente condicionado, sendo uma liberdade a ser exercida em função de imperativos sociais” (PEREIRA, D. S. P. e MENDES, E. H. Função, funcionalização e função social. In: SCHREIBER, A. e KONDER, C. N. (Coords.) *Direito Civil Constitucional...*, p. 105).

²⁰⁰ Isto é, com relação à propriedade, a respeito de cuja função social Lôbo anota: “A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício do próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente o interesse social” (LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 141, pp. 99-109, 1999, p. 105).

²⁰¹ Ou seja, com relação ao contrato, cuja função social, segundo o mesmo autor: “determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são preponderantes” (LÔBO, P. L. N. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67).

²⁰² Cf., neste quadrante: FACHIN, L. E. *Função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, pp. 17-21.

²⁰³ O autor italiano sustenta que o Direito (da Itália e em sua leitura) “só reconhece a fruição de um bem (crédito, coisa etc.) se essa fruição realizar escopos sociais e for útil, ainda que indiretamente, à coletividade”. I.e.: “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade” (PERLINGIERI, P. *O Direito Civil na legalidade constitucional...*, pp. 671-672 e 677).

inspiração de Coase²⁰⁴, acena para uma coincidência quase integral entre função econômica e função social dos institutos de Direito Civil. Mais propriamente, diz-se que ela se realiza pelo simples funcionamento dos mecanismos de mercado – “um espaço social de troca de bens e serviços que tem uma enorme função social: viabilizar com que os indivíduos (e conseqüentemente a sociedade) possam obter aquilo que necessitam mas que não produzem isoladamente”²⁰⁵. Mais extensivamente, diz o autor:

O direito contratual (tal como o direito de propriedade) enseja a realização de transações que não ocorreriam sem as suas regras, vez que protege as expectativas das partes e cria obrigações legais que podem ser objetos de barganha, na presença de certos requisitos.

(...)

a principal função social do direito contratual é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação²⁰⁶.

Sobretudo no campo patrimonial, portanto, a *função social* dos institutos de Direito Civil seria a de reduzir custos de transação e lubrificar as engrenagens do mercado. Por se diluir na função econômica, destarte, o sintagma “função social” seria despiciendo. Este viés tem, como características quiçá auto evidentes, a ênfase nos indivíduos, nos custos de transação, nas externalidades de atividades econômicas e nas conseqüências (deletérias)²⁰⁷ da atuação do Estado na economia.

²⁰⁴ Cf. COASE, R. H. *The firm, the market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, *passim*.

²⁰⁵ TIMM, L. B. Direito, mercado e função social. In: TIMM, L. B. *O Novo Direito Civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 95.

²⁰⁶ TIMM, L. B. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 202-203.

²⁰⁷ Esta percepção é sintetizada pela seguinte passagem: “Conseqüentemente, por meio do modelo econômico de contrato, pode-se perceber que o modelo solidarista (paternalista) de direito contratual não é capacitado para alcançar o seu propósito de bem-estar na sociedade, vez que poderá, aleatoriamente, beneficiar alguns indivíduos, mas, proporcionalmente, prejudicar muitos outros mais. A intensificação da proteção legal de uma das partes (locatários, por exemplo) traz em seu bojo, geralmente, um aumento total de custos ao mercado (locação, no caso). Estes custos terminam sendo repassados aos sujeitos atuantes do lado da demanda (...), os quais pagarão um preço mais alto” (TIMM, L. B. *Direito contratual brasileiro...*, p. 204).

A terceira frente, de seu turno, colhe a influência que o solidarismo da primeira desempenhou na cunhagem das iniciais expressões da função social e o zelo para com dadas liberdades caro à segunda, para firmar, a partir da implosão da dicotomia indivíduo-sociedade²⁰⁸, leitura consentânea com a unidade do ordenamento jurídico brasileiro. Não se busca, neste prisma, a proteção do indivíduo atomizado, tampouco a supremacia de um todo social amorfo e sem face, mas do indivíduo “que se (auto) constitui socialmente, na rede de intersubjetividade que compõe a sociedade”²⁰⁹. Nesta ordem de ideias, a função emerge como um viés promotor de liberdades – que realiza, pois, um *princípio* de liberdade caro ao governo jurídico das relações entre particulares, o qual guarda direta correspondência com a proclamação de compromissos com a promoção da dignidade humana. E nem poderia ser diferente, pois “A liberdade é o *ser* do homem. A pessoa humana é um *ser de liberdade*. A liberdade é o que a caracteriza, o que a faz ser o ente que é, e não outro”²¹⁰. Mas não se trata de uma liberdade abstrata e de matriz puramente individual, pois:

não obstante seja o ser humano livre, e portanto digno e idêntico a si mesmo, é também, simultânea e estruturalmente, um ser coexistencial. A pessoa é estruturalmente social. O social não é primariamente algo exterior a ela. Não se pode ser pessoa senão em relação, em comunicação, com os demais seres humanos, com os *outros*. Se é *com* eles, *por* eles e *apesar* deles. O *eu* é indissociável do *nós*²¹¹.

²⁰⁸ A propósito: “Um ponto de partida para essa outra dimensão funcional pode ser uma reflexão que rechace a dicotomia mecanicista entre indivíduo e sociedade, sem, todavia, afirmar uma prevalência *a priori* de cada um deles” (PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s)*..., p. 197).

²⁰⁹ PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s)*..., p. 198.

²¹⁰ SESSAREGO, C. F. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 5, n. 2. 2017.

²¹¹ Tradução livre. No original: “*no obstante que el ser humano es libre, y por ello digno e idéntico a sí mismo, es también, simultánea y estructuralmente, un ser coexistencial. La persona es estructuralmente social. Lo social no es primariamente algo exterior a ella. No se puede ser persona si no en relación, en comunicación, con los demás seres humanos, con los otros. Se es con ellos, por ellos y a pesar de ellos. El yo es indesligable del nosotros*” (SESSAREGO, C. F. Protección a la persona humana. In: ADORDO, L., CIFUENTES, S., et al. *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1993, p. 25).

Este aporte municia a expansão das possibilidades de promoção e proteção do ser humano, nas suas relações interpessoais. Isto sobretudo no tocante à *função* dos institutos de Direito Civil, como sustenta Pianovski Ruzyk:

É daí que pode emergir a função como liberdade(s), a (re)definir um sentido possível da função dos institutos jurídicos do Direito Civil: sendo eles vinculados à intersubjetividade travada entre particulares, podem ser eles instrumentos de exercício e de promoção da(s) liberdade(s), assim compreendidas como possibilidades de auto-constituição intersubjetiva – o que pode importar, inclusive, a responsabilidade recíproca entre os indivíduos pela liberdade dos outros. Essas possibilidades se inserem na rede complexa da sociedade, com suas convergências e seus conflitos, mas não se confundem nem com ‘O’ interesse coletivo sem face (ou que recebe a face que aquele que exerce o poder político pretende a ele impor) nem com particulares atomizados, que excluem o indivíduo da rede social²¹².

Vertido na ambiência dos institutos fundamentais de Direito Civil, o argumento da função como liberdade(s) – que não vindica monopólio sobre o sentido de função – se traduz na exigência de que aqueles realizem algo em prol de pessoas situadas em teias de relações com outras pessoas. É dizer: no direcionamento da disciplina jurídica das relações interprivadas à realização de liberdades plurais, de perfis os mais variados.

Embora inesgotáveis os sentidos extraíveis da noção de *liberdade* na Economia, na Filosofia Moral e Política e no Direito, parece seguro delimitar sua cartografia a partir dos pontos cardeais dos vieses *negativo*, *positivo* e *substantivo* (ou substancial). É o que faz Pianovski Ruzyk²¹³ e o que já se teve oportunidade de fazer alhures²¹⁴ – ao que se remete, sem prejuízo da breve

²¹² PIANOVSKI RUZYK, C. E. Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s)...., p. 199.

²¹³ A propósito, diz Pianovski Ruzyk: “Isso condiz à relevância de se pensar a(s) liberdade(s) individuais sob múltiplas lentes, contemplando desde o conceito clássico de liberdade como ausência de coerção (liberdade negativa), passando pelos conceitos de liberdade formal (garantia hipotética da possibilidade de fazer escolhas) e substancial (possibilidade efetiva de se realizar aquilo que se valoriza, a partir de um dado conjunto capacitatório) e de liberdade positiva” (O caso das “pílulas de farinha” como exemplo da construção jurisprudencial de um “Direito de Danos” e da violação da liberdade positiva como “dano à pessoa”. In: FRAZÃO, A. e TEPEDINO, G. (Coords.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 300).

²¹⁴ Seja facultado remeter a: ARNT RAMOS, A. L. *Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 11, n. 1, 2017.

síntese operativa que se segue, por ser este tema alheio aos propósitos desta tese.

A liberdade *negativa* se traduz como *liberdade de coerção*, como um espaço de não-determinação em que o indivíduo pode eleger as alternativas para ação que melhor atenderem a seus desígnios. A propósito, esclarece von Mises: “Como um termo praxeológico, a liberdade se refere à esfera em que um agente pode escolher entre modos de ação alternativos. Um homem é livre contanto que possa escolher os fins e os meios a serem empregados para atingimento desses fins”²¹⁵. Esta é, portanto, uma liberdade relativamente ao conteúdo de normas jurídicas; uma liberdade que alcança menos fatos naturais e capacidades físicas e mais a coerção relativamente à expressão, ao comércio e ao culto religioso. Um viés, enfim, que se realiza na vetusta máxima de que tudo o que o Direito não proíbe é permitido aos particulares²¹⁶.

A liberdade negativa costuma ser associada à vindicação de estabilidade e segurança pela burguesia ascendente, ao alvorecer da modernidade jurídica, sobretudo no bojo da primeira onda das codificações europeias²¹⁷. Nada obstante esta associação histórica, não se trata de viés datado, pois, mesmo com as necessárias cautelas quanto a seu potencial deletério e esmagador aos vulneráveis, a liberdade como não-coerção é e continua a ser essencial à coexistência humana.

Já a liberdade *positiva* exprime uma *liberdade para* a tomada de decisões e, conseqüentemente, para o exercício de senhorio sobre os rumos da vida do

²¹⁵ Tradução livre. No original: “As a praxeological term, freedom refers to the sphere within which a acting individual is in a position to choose between alternative modes of action. A man is free in so far as he is permitted to choose ends and the means to be used for the attainment of those ends.” (von MISES, L. *Human action: a treatise on economics*. 4ª Ed. São Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 279).

²¹⁶ Cf. FARRELL, M. D. Libertad negativa y libertad positiva. *Segundas Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires, 1985, pp. 9-10.

²¹⁷ É o que diz Catalan: “Com os olhos ainda no passado é possível imaginar porque, uma vez no poder, a burguesia passou a utilizar o Direito a seu favor. (...) As imagens sopradas ao presente por *Éolo* permitem, ademais e por tudo que foi visto até o momento, ratificar a percepção de que o direito civil criado pela classe burguesa ao assumir o poder político e, por consequência, o poder de legislar e de julgar gravitou em torno de seus principais interesses: a manutenção da liberdade negativa e a preservação da propriedade privada. E, apesar da utilização de modelos formalmente distintos na elaboração das principais codificações do passado – em especial, o *Code* e o *BGB* –, parece não haver dúvida, hodiernamente, acerca do fato de que em cada uma delas, o contrato, a propriedade e a família são temas pensados a partir de uma lógica estritamente patrimonial, que *prefere o ter ao ser*” (CATALAN, M. J. *A morte da culpa na responsabilidade contratual...* pp. 10-11).

agente, com um sentido de *autorrealização*. Execrada por Berlin²¹⁸, mas prestigiada pelos adeptos de abordagens liberal-igualitárias, como Crocker²¹⁹, a liberdade positiva é valorada desde os prismas individual e social, como a expressão também da dita liberdade dos antigos. Isto é: não só como uma liberdade individual para a prática de atos da vida civil e eleição de representantes, mas, igualmente, uma liberdade coletiva, de efetiva participação na esfera pública²²⁰.

Em sua feição individual, embora sem emprego do sintagma “liberdade positiva”, este viés de liberdade aparece nas discussões que concernem à proteção jurídica ao projeto de vida²²¹. É o caso do julgamento pelo qual o Superior Tribunal de Justiça pôs termo a uma das contendas atinentes ao célebre caso das *pílulas de farinha* – i.e.: medidas de reparação de danos aforadas por mulheres que faziam uso dos anticoncepcionais Microvlar e Diane, produzidos pelo Laboratório Schering do Brasil, e que se viram grávidas ao tempo da divulgação de notícias de que lotes dos fármacos *sem princípio ativo* (caixas com pílulas de excipiente, embaladas em teste de maquinário) haviam chegado ao mercado. Pianovski Ruzyk, ao comentar o caso, enaltece a qualificação jurídica do dano e, portanto, o porquê da condenação do fabricante do medicamento a sua compensação:

O que está em questão é a liberdade de escolher o momento de ter filhos, bem como se é vontade do casal tê-los. Essa liberdade foi materialmente tolhida quando se colocou no mercado anticoncepcionais sem o princípio ativo, fazendo com que o exercício desse direito de definir os rumos da vida familiar – o que inclui a

²¹⁸ Cf. BERLIN, I. Two concepts of liberty. In: BERLIN, I. *Four essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1971, pp. 131 e ss.

²¹⁹ V. CROCKER, L. *Positive liberty: an essay in normative Political Philosophy*. Boston: Martinus Nijhoff, 1980, especialmente pp. 10-47.

²²⁰ A distinção é traçada por Constant, em discurso pronunciado no Athénée Royal de Paris, em 1819, com tradução publicada pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG: CONSTANT, B. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Tradução de Loura Silveira. Disponível na Internet via: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Última consulta em 13.05.2019.

²²¹ V. SESSAREGO, C. F. *Protección a la persona humana...*, p. 61. O mesmo autor, mais contemporaneamente, registra que “a frustração do *projeto de vida* é o dano mais radical que se pode perpetrar contra a pessoa e em casos extremos, leva à perda do sentido da vida, sendo reiterar-se que, a luta pelo respeito ao *projeto de vida* individual se dá, inexoravelmente, dentro da ideia de bem comum” (SESSAREGO, C. F. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida?).

decisão sobre “quando” e “se” ter filhos – fosse inviabilizado no episódio em comento.

(...)

Consiste a liberdade positiva em uma “liberdade vivida”, tomada como autodeterminação, como decisão da própria pessoa sobre os rumos do seu agir e do trajeto de sua história pessoal. Trata-se, em suma, da liberdade de definir os rumos da própria vida, o que passa pelo planejamento familiar e, portanto, pela possibilidade de escolher entre ter ou não filhos, quantos filhos se pretende ter, bem como o momento de tê-los²²².

Daí se vê que perfis negativo e positivo de liberdade já integram as percepções da comunidade jurídica especializada, embora nem sempre apareçam com os nomes aqui trabalhados.

As coisas são um tanto diferentes quando entra em cena o viés substantivo ou substancial de liberdade, caro à perspectiva teórica de Sen e Nussbaum – célebre em outras Ciências Sociais e determinados setores da Ciência Jurídica, como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas ainda algo novidadeiro no Direito Civil brasileiro. Trata-se de perfil de liberdade que arrosta à pergunta “*liberdade como?*”²²³ com respostas provisórias ancoradas na abordagem das capacidades (*capabilities approach*) – isto é: de análise voltada a conjuntos de possibilidades *reais* de escolha disponíveis a cada indivíduo, segundo suas funcionalidades. É o que atesta o seguinte excerto:

Funcionalidades representam partes do estado de uma pessoa – particularmente as várias coisas que ela consegue fazer ou ser na condução de sua vida. A capacidade de uma pessoa reflete a combinação alternativa de funcionalidades que a pessoa pode alcançar, e das quais ela pode escolher um conjunto. A abordagem é baseada numa visão da vida como uma combinação de diversos ‘seres

²²² PIANOVSKI RUZYK, C. E. O caso das “pílulas de farinha” como exemplo da construção jurisprudencial de um “Direito de Danos” e da violação da liberdade positiva como “dano à pessoa”..., pp. 299-300.

²²³ A pergunta se formula como síntese desta abordagem porque, segundo Sen, os critérios quantitativos tradicionais de desenvolvimento não seriam suficientes à aferição real do aumento da qualidade de vida das pessoas. Diz ele: “as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas). De forma análoga, a industrialização, o progresso tecnológico ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana, mas ela depende também de outras influências. Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida” (SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. 6ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16).

e fazeres', de modo que a qualidade de vida se define em termos da capacidade de alcançar funcionalidades valoradas [pelo sujeito]²²⁴.

A liberdade substancial emerge da concretude situacional da pessoa. Surge, vale dizer, das fraturas das liberdades positiva e negativa; da superação também dos critérios da Economia tradicional, pois tal é a liberdade tomada não somente como a abertura estrutural do conjunto de leis e da Economia para que cada indivíduo possa estabelecer suas escolhas, mas como o conjunto das possibilidades reais de escolha²²⁵, no sentido dos condicionantes e limites que permitem estabelecer as preferências do sujeito²²⁶.

Embora Sen seja muito cauteloso em não restringir o alcance de sua contribuição a um rol enunciativo, Nussbaum, ao aprofundar estudos sobre desenvolvimento humano, intenta precisar aquela. Isso resultou na cunhagem de lista aberta de dez capacidades centrais ou elementares²²⁷ (sem as quais sequer faria sentido falar em liberdade): (i) vida (ou condições propícias a uma vida digna de duração normal); (ii) saúde corporal, a incluir abrigo, alimentação e amparo médico adequados; (iii) integridade corporal, a compreender não exposição à violência e autonomia para realização de escolhas quanto ao próprio corpo; (iv) sentidos, imaginação e pensamento, especialmente no sentido de ter autonomia para conformar e expressar informadas concepções de bem; (v) emoções, a contemplar a formação de vínculos com outros seres e coisas, e não sujeição ao medo e à ansiedade; (vi) razão prática, isto é: "ter condições de formar uma concepção de bem e pensar criticamente acerca de seu plano de

²²⁴ Tradução livre. No original: "*Functionings represent parts of the state of a person – in particular the various things that he or she manages to do in leading a life. The capability of a person reflects the alternative combinations of functionings the person can achieve, and from which he or she can choose one collection. The approach is based on a view of living as a combination of various 'doings and beings', with quality of life to be assessed in terms of the capability to achieve valuable functionings*" (SEN, A. Capability and well-being. In: NUSSBAUM, M. e SEN, A. (Orgs). *The quality of life*. Oxford: Claredon Press, 1993, p. 31).

²²⁵ Cf. SEN, A. Desenvolvimento como liberdade..., pp. 370-371.

²²⁶ Cf. SEN, A. Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individual Freedoms. *Oxford Economic Papers*, v. 45, n. 4, pp. 519-539, 1993, pp. 522 e ss.

²²⁷ V. NUSSBAUM, M. Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice. *Feminist Economics*, v. 9(2-3), pp. 33-59, 2003, pp. 40-50.

vida”²²⁸; (vii) afiliação, entendida como (a) oportunidade de viver com e em relação com outros, segundo uma espécie de ética da alteridade; e (b) ter as bases sociais do autorrespeito e da não-humilhação, com prestígio da própria dignidade e da dignidade do outro, qualquer que seja sua origem, credo, raça, orientação sexual, etnia, etc.; (viii) contato com outras espécies; (ix) lazer e recreação; e (x) controle sobre o próprio ambiente²²⁹.

O atendimento (ou não) deste rol de capacidades elementares é (ou pode ser) parâmetro importante para a averiguação da realização da função social de determinado instituto jurídico em concreto – em vez de sempre perigosas apreciações em abstrato.

E isso só é possível no bojo da tomada da função como liberdade(s), a qual, ao admitir que os indivíduos, emaranhados em redes intersubjetivas²³⁰, respondam pela sua liberdade e pela dos demais, realiza, enfim, aquilo que Martins-Costa alcunha de *autonomia solidária*²³¹. Isto é: a autonomia privada – dissociada do voluntarismo que a cunhou *autonomia da vontade* – se imbrica, funcionalmente e de modo inexorável, ao alargamento da *responsabilidade*, seja no sentido usual de responsabilidade no Direito Civil (*Haftung*), seja no de responsabilidade *pelo outro* (*Verantwortung*). A função promotora de liberdade(s), ciosa da complexidade e da provisoriedade das respostas que pode oferecer, dá sustentação, precisamente, a este argumento situacional e coexistencial²³².

²²⁸ Tradução livre. No original: “Being able to form a conception of the good and to engage in critical reflection about the planning of one’s life.” (NUSSBAUM, M. Capabilities as fundamental entitlements..., p. 41).

²²⁹ A lista se preserva em escritos mais recentes, a exemplo de NUSSBAUM, M. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, pp. 33-34.

²³⁰ V. PEDROSA, L. La autonomia privada y la libertad contractual: evolución conceptual y análisis de las recientes alteraciones em el Código Civil Brasileño. *Revista Crítica de Derecho Privado*. Montevideu, n. 16, pp. 367-394, 2019, pp. 377-378.

²³¹ Cf. MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos..., pp. 45 e ss.

²³² Isso se insere na percepção de que “O direito civil deixa de ser marcado pela propriedade, contrato, testamento e família. Uma contemporânea visão do direito procura tutelar não apenas estas figuras pelo que elas representam em si mesmas, mas deve tutelar certos valores tidos como merecedores de proteção: a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si” (CORTIANO JUNIOR, E. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade..., p.32).

Desta conjugação de variadas feições de liberdade na ambiência da dimensão funcional do Direito Civil advém rico instrumental para o enfrentamento das complexas questões interpretativas que atormentam o governo jurídico das relações interprivadas. Mas um assim abrangente repensar da *função* dos institutos fundamentais de Direito Civil, para florescer em sua plenitude, não prescinde da conjugação à propriamente sistemática exigência da segurança jurídica como coerência²³³. É por este caminho que a função se soergue frente às facetas de sua crise multidimensional e se revela inexorável do ponto de vista sistemático. E a isso – à cunhagem de um sentido unitário e abrangente de segurança jurídica – que se dedica a seção seguinte.

²³³ O argumento da coerência é verdadeiramente sistemático porque reporta ao sistema entendido em sentido unitário, como um todo normativo que não pode ser contrariado. Seu emprego descarta, *prima facie*, significados possivelmente atribuíveis a disposições normativas que sejam injustificadamente divergentes ao conferido a outra disposição já interpretada. V., a propósito: VELLUZZI, V. 'Interpretación sistemática: un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, 21-I, pp.65-82, 1998.

2 SEGURANÇA JURÍDICA: UMA DEFINIÇÃO UNITÁRIA E COERENTE

Segurança jurídica, nesta ordem de transformações, é tópico que perpassa as preocupações de teóricos e práticos de diversas escolas e disciplinas jurídicas. É, também, pauta de compromissos internacionais e um componente fundamental da generalidade das experiências jurídicas ocidentais, sobretudo as de matriz democrática²³⁴, como destaca Maxeiner:

Segurança jurídica é um “princípio geral do Direito da Comunidade Europeia”. É um dos poucos conceitos jurídicos assim reconhecidos pela Corte Europeia de Justiça e pela Corte Europeia de Direitos Humanos. É um princípio fundamental dos sistemas jurídicos nacionais da Europa: *Rechtssicherheit* na Alemanha, *sécurité juridique* na França, *la seguridad jurídica* na Espanha, *certeza del diritto* na Itália, *rechtszekerheid* nos países do Benelux, *rättssäkerhet* na Suécia, *obowiazujacego prawa* na Polônia e *oikeusvarmuuden periaate* na Finlândia. A segurança jurídica alcança até o Direito Inglês, por meio dos sistemas de *Common Law* do Reino Unido. Um sistema jurídico sem um *modicum* de segurança jurídica mal e mal merece este nome.²³⁵

Não obstante frequentemente tomada – com acerto – como componente nuclear da ideia de Direito²³⁶, o *sentido* de segurança jurídica é objeto de grande

²³⁴ Desde a modernidade, o desenho da segurança jurídica se aproxima progressivamente a concepções democráticas, ao que se segue, no contexto do Estado Constitucional, um significativo aprofundamento, conforme enaltecido por Peces-Barba (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 6, pp. 215-229, Madrid: Universidad Complutense, 1990, pp. 216 e 221).

²³⁵ Tradução livre. No original: “*Legal certainty is a “general principle of EC law.” It is one of a handful of legal concepts so recognized by the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. It is a fundamental principle of the national legal systems of Europe: in Germany it is Rechtssicherheit, in France securite juridique, in Spain La seguridad jurídica, in Italy certezza del diritto, in the Benelux countries rechtszekerheid, in Sweden rättssäkerhet, in Poland do obowiazujacego prawa, and in Finland oikeusvarmuuden periaate. Legal certainty has even made its way back into English through the common law systems of the United Kingdom. A legal system without a modicum of legal certainty is scarcely worthy of the name.*” (MAXEINER, J. Some realism about legal certainty in the globalization of the rule of law. *Houston Journal of International Law*, v. 31, n. 1, pp. 27-46, 2008, p. 28).

²³⁶ Cf., a propósito, BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Viena: Springer, 1982, p. 81, CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1969, p. 17, RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*. 2ª Ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1932, p. 73, FRÄNDBERG, Å. *From Rechtstaat to universal law-state: an essay in Philosophical Jurisprudence*. Dodrecht: Springer, 2014, p. 43, e ARNAULD, A. *Rechtssicherheit: perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, pp. 661 e ss. Na mesma linha, em solo brasileiro, Cavalcanti Filho registrou, ainda na década de 1960, que: “é inegável que o direito corresponde a uma aspiração de certeza e de

hesitação. Mais ainda após as censuras de movimentos teóricos críticos ou céticos em relação à acepção de segurança no Direito, radicados sobretudo nos Estados Unidos da América, lhe endereçaram²³⁷ – as atípicas percepções estadunidenses acerca da segurança jurídica são escancaradas pela afirmação de Coleman e Leiter: “somente cidadãos leigos, alguns estudiosos e estudantes do primeiro ano do curso de Direito têm a concepção operativa de que o Direito é determinado”²³⁸.

Wrbka, neste quadrante, brinda a comunidade jurídica internacional com estudo comparativo da noção de segurança jurídica segundo as experiências Europeia, Austríaca e Japonesa, sempre com a cautela de ressaltar a *variação contextual de sentido* deste sintagma. Diz ele:

Debates sobre segurança jurídica precisam tomar conta das condições e do ambiente que circundam determinada questão jurídica. Também se deve atentar não apenas às características ‘especiais’ de um sistema jurídico, mas também ao fato de que seu contexto mais amplo (que envolve perspectivas culturais e sociais) pode impactar nessas questões. Em todo caso, executar uma pesquisa defronte a uma pluralidade de diferentes arranjos jurídicos negavelmente impõe desafios a qualquer um que pretenda entender verdadeiramente as respectivas questões de segurança jurídica que tem diante de si²³⁹.

segurança, também deve ajustar-se às necessidades decorrentes das transformações sociais. Nem poderia ser de maneira diferente, sabido como é que o direito, que é fator de estabilidade, dá a nota de segurança, que permite o progresso e a própria transformação social, com efeitos sociais fecundos. (...) É assim inevitável que haja uma margem de incerteza e de insegurança no direito, pois de outra forma se tornaria ele um instrumento de estagnação social. Mas essa incerteza e insegurança constituem o preço do progresso humano e da busca de formas mais justas de organização social. (...) É por essa forma, e dentro dessa perspectiva, que nos parecem perfeitamente aceitáveis as doutrinas que asseguram ser a função do juiz também criadora (CAVALCANTI FILHO, T. *O problema da segurança no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, pp.161-162).

²³⁷ Os ataques procedem, sobretudo, do movimento do Realismo Jurídico (1920-1930), que, por alguns de seus maiores expoentes, pintou a ideia de segurança jurídica como um mito ou uma ideia infantil. A propósito: FRANK, J., *Law and the modern mind*. Nova Iorque: Brentano's, 1930. Posteriormente, ao longo dos anos 1980, o movimento dos *Critical Legal Studies*, ancorado na ideia central de que o *Direito é política* (ou apenas um disfarce dela), engrossou a ofensiva contra a já debelada noção de segurança jurídica, o que resultou em sua substituição, no debate estadunidense, pela expressão “indeterminação jurídica” (*legal indeterminacy*). V., a propósito: KRESS, K. Legal indeterminacy. *California Law Review*, v. 77, n. 2, pp. 283-337, mar. 1989, *passim*.

²³⁸ Tradução livre. No original: “Only ordinary citizens, some jurisprudences, and first-year law students have a working conception of law as determinate.” (COLEMAN, J. e LEITER, B. *Determinacy, objectivity, and authority*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 142, pp. 549-637, 1993, p. 579, nota de rodapé número 54).

²³⁹ Tradução livre. No original: “discussions on legal certainty need to take proper account of the conditions and the environment that particular legal issues are embedded in. One should further note that not only the ‘special’ characteristics of a legal system, but also the broader context (that

Os fatores a serem tomados em conta na apreciação do problema que se reporta à segurança jurídica – usualmente se faz referência à acessibilidade, à previsibilidade e à estabilidade do Direito, além de clareza quanto às competências de instâncias institucionais²⁴⁰ ou seu perfil funcional de limite ao arbítrio²⁴¹ –, embora não necessariamente interfiram no sentido atribuído à segurança jurídica, partilham diversas similaridades.

Tanto é assim que, sobretudo na dogmática austro-germânica, fala-se em numerosos componentes da ideia ou do *valor* da segurança. Canaris, por exemplo, a tem como multifacetadas exigências de determinação (*Bestimmtheit*) e previsibilidade (*Vorhersehbarkeit*) do Direito, estabilidade (*Stabilität*) e continuidade (*Kontinuität*) da legislação e da jurisdição, bem assim na praticidade da aplicação do Direito (*Praktibilität der Rechtsanwendung*), que permite construção de um sistema jurídico²⁴². Na mesma linha, Bydliniski arrosta

involves cultural and social perspectives) can impact those questions. In any event, carrying out research in a multitude of different legal settings undeniably poses challenges to anybody who aims to truly understand the respective legal certainty issues at hand." (WRBKA, S. Comments on legal certainty from the perspective of European, Austrian and Japanese Private Law. In: FENWICK, M. e WRBKA, S. (Orgs.). *Legal certainty in a contemporary context: Private and Criminal Law Perspectives*. Dodrecht: Springer, 2016, p. 28).

²⁴⁰ Cf., a propósito, os indicadores utilizados para desenvolvimento do Índice de Segurança Jurídica: DEFFAINS, B. e KESSEDJIAN, C. *Index of legal certainty: report of the Civil Law Initiative*. [online]. Disponível na Internet via: <https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2015/04/ILC-Report-june-2015_EN.pdf>. Última consulta em: 15.01.2019.

²⁴¹ Da perspectiva dos indivíduos, "a segurança jurídica desempenha duas funções: ela os guia na obediência ao Direito e os protege contra ações arbitrárias do governo, por meio do controle do uso do poder de fazer e aplicar o Direito". Tradução livre. No original: "*legal certainty serves two distinct functions: it guides them in complying with the law, and it protects them against arbitrary government action by controlling the use of the power to make and apply law*" (MAXEINER, J. Some realism about legal certainty in the globalization of the rule of law..., p. 36). Cf., também, FRÄNDBERG, Å. *From Rechtsstaat to universal law-state...*, pp. 43 e 113 e ss.

²⁴² Eis o excerto a que se está a referir: "Ademais, outro valor superior, a segurança jurídica, aponta na mesma direção. Isto porque ela conduz, em todas as suas variantes – seja como determinação e previsibilidade do Direito, como a estabilidade e a continuidade da legislação e da jurisprudência, ou simplesmente como uma praticidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, uma vez que todos esses postulados [(além da segurança, os da unidade e da ordem)] são muito mais propensos a serem cumpridos por o Direito consistentemente ordenado, regido por poucos princípios gerenciáveis, ou seja: um Direito 'orientado para o sistema'". Tradução livre. No original: "*Es kommt hinzu, daß auch ein anderer oberster Wert, die Rechtssicherheit in dieselbe Richtung weist. Denn auch si drängt in nahezu allen ihren Spielarten – ob als Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit des Rechts, als Stabilität und Kontinuität von Gesetzgebung und Rechtsprechung oder schlicht als Praktibilität der Rechtsanwendung – zur Ausbildung eines Systems, da alle diese Postulate weit eher durch ein*

a segurança jurídica como uma sucessão de camadas, que vão desde a clareza jurídica (*Rechtsklarheit*) até a exequibilidade (*Rechtsdurchsetzung*), passando pelas da estabilidade (*Rechtsstabilität*), acessibilidade (*Rechtszugänglichkeit*) e paz jurídicas (*Rechtsfriede*)²⁴³.

Do outro lado do Atlântico e com vistas à tradição jurídica Anglo-Americana, Fuller também esquadrinha uma espécie de mosaico da segurança jurídica como consequente da moralidade interna do Direito. O autor estadunidense estabelece, pela via negativa (i.e.: pela análise, a partir de uma narrativa ficcional, das razões do fracasso de um monarca na edição de normas jurídicas), oito requisitos caros àquela, os quais consistem em atributos de enunciados normativos. São eles: (i) generalidade, (ii) promulgação ou publicidade, (iii) prospectividade, (iv) clareza e inteligibilidade, (v) não-contradição, (vi) estabilidade, (vii) exequibilidade, e (viii) congruência entre as prescrições jurídicas e a atuação de autoridades públicas²⁴⁴. A contribuição de Fuller é duramente criticada por Hart, sobretudo por imprecisões conceituais e pela insuficiência (ou ausência) de uma teoria da norma²⁴⁵. Seja como for, ela é celebrada como um expressivo aporte – embora também fragmentário – à acepção hodierna de segurança jurídica²⁴⁶.

As mediações da literatura jurídica brasileira – embora escassas as preocupações com a delimitação do sentido contemporâneo de segurança jurídica, mormente em correlação ao Direito Civil – são bastante semelhantes. Isto se deve, em larga medida, à forte inspiração que sobre ela desempenham as fontes teutônicas, embora perspicazmente cuidadosa em relação às adaptações necessárias a seu espaço-tempo. Singular exemplo vem de Ávila, para quem a segurança jurídica se consolida como cognoscibilidade,

folgerichtig geordnetes, von wenigen überschaubaren Prinzipien beherrschtes, also 'systemorientiertes' Recht erfüllt werden können." (CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1969, pp. 17-18).

²⁴³ V. BYDLINSKI, F. *Fundamentale Rechtsgrundsätze: zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät*. Dodrecht: Springer, 1988, pp. 293 e 325.

²⁴⁴ Cf. FULLER, L. *The morality of Law*. 2ª Ed., revista. New Haven: Yale University Press, 1969, pp. 33-38.

²⁴⁵ V. HART, H. L. A. Lon Fuller: The morality of Law. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy...*, pp. 344 e ss.

²⁴⁶ Cf. TORRES, H. T. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

confiabilidade, calculabilidade e efetividade do Direito²⁴⁷ – semelhantes caminhos são trilhados por Mitidiero²⁴⁸ e por Grau²⁴⁹. Por outra via, Torres parte de uma acepção de sistema jurídico “como uma ordem axiológica”²⁵⁰ e afirma que a segurança jurídica, em sentido material, é a garantia da certeza e da estabilidade interna do ordenamento²⁵¹.

Nesta mesma ordem de ideias, as distinções entre segurança jurídica formal e substancial, subjetiva e objetiva, embora de indisputável valia, oferecem nada mais que um complemento a esta abordagem fragmentária do tópico em análise. Elas diferem (i) as ideias (ou ideais) de certeza do Direito (ou predeterminação de hipóteses normativas), caros ao formalismo do positivismo exegético, cingidas no dogma da coincidência entre texto e norma²⁵², de (ii) calculabilidade e confiabilidade no Direito, bem assim de controlabilidade das razões empregadas na decisão de questões jurídicas concretas, o que pressupõe a cisão entre texto e norma; e (a) limites à eficácia de atos normativos no tempo, de (b) promoção e proteção da confiança das pessoas nos atos normativos em geral²⁵³.

Em resumo, então e de modo operativo, é seguro concluir, com Frändberg, que cabe falar em segurança jurídica quando: “A. o sistema jurídico de uma sociedade é capaz de oferecer resposta (i.e.: ele tem uma resposta) a uma pergunta (*capacidade*); B. a resposta é clara (*inteligibilidade*), C. a resposta pode ser obtida pelo cidadão (*possibilidade de obtenção*), e D. ele pode confiar

²⁴⁷ Cf. ÁVILA, H. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 123-126.

²⁴⁸ Cf. MITIDIERO, D. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76.

²⁴⁹ A despeito do argumento pela precedência ontológica da Economia sobre o Direito, v. GRAU, E. *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*..., p. 17-18.

²⁵⁰ TORRES, H. T. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica*..., p. 92.

²⁵¹ Cf. TORRES, H. T. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica*..., p. 160.

²⁵² Expressão que, pela defasagem de seus pressupostos, estaria já sepultada – cf. NALIN, P. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 41, pp. 85-98, 2004, p. 97.

²⁵³ Neste particular, é bastante elucidativo o trabalho de Steinmetz: STEINMETZ, W. *Segurança jurídica hoje: princípio da proteção à confiança*. In: CLÈVE, C. M. *Direito Constitucional brasileiro: Teoria da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

na resposta (*confiabilidade*)”²⁵⁴. A partir disto, seria possível estabelecer um rol de defeitos (ou déficits) de segurança jurídica (DSJ), em correlação a cada um desses componentes:

Incapacidade (defeitos que violam A.)

DSJ 1. Há déficit de segurança jurídica em função do fato de que o sistema jurídico não contém regras que respondam à questão.

Ininteligibilidade (defeitos que violam B.)

DSJ 2. Há déficit de segurança jurídica em função do fato de que as regras jurídicas são vagas, obscuras, ambíguas, incorporam latitudes ou conflitam com outras regras.

DSJ 3. Há déficit de segurança jurídica em função do fato de que as regras jurídicas (o sistema jurídico) são complexas.

Impossibilidade de obtenção (defeitos que violam C.)

DSJ 4. Há déficit de segurança jurídica em função do fato de que é difícil adquirir informações jurídicas.

Falta de confiabilidade

DSJ 5. Há déficit de segurança jurídica em função do fato de que as autoridades oficiais não conseguem manter a eficácia da ordem jurídica.

DSJ 6. Há déficit de segurança jurídica em função do fato de que a ordem jurídica é pervertida pelas autoridades.

DSJ 7. Há déficit de segurança jurídica em função do fato de que há normas com eficácia retroativa.

DSJ 8. Há déficit de segurança jurídica em função do fato de que o Direito está em constante mudança, absolutamente sem prévio aviso.

DSJ 9. Há déficit de segurança jurídica em função do fato de que a coisa julgada não é respeitada.²⁵⁵

A lista, por evidente, não é completa, tampouco dispensa ajustes sob a perspectiva do factível (nenhum ordenamento jurídico é livre deste conjunto de

²⁵⁴ Tradução livre. No original: “A. *the legal system of the society is capable of providing an answer (i.e., it has an answer) to the question (capability)*, B. *the answer is clear (comprehensibility)*, C. *the answer is easily obtainable to her (obtainability)*, and D. *she can rely upon the answer (reliability)*” (FRÄNDBERG, Å. *From Rechtstaat to universal law-state: an essay in Philosophical Jurisprudence*. Dordrecht: Springer, 2014, pp. 115-116).

²⁵⁵ Tradução livre. No original: “I. *Incapability. (Defects violating A.) LCD1. Legal certainty is defective due to the fact that the legal system does not contain any rules which answer the question. II. Incomprehensibility. (Defects violating B.) LCD2. Legal certainty is defective due to the fact that the legal rules are vague, obscure, ambiguous, have built-in latitudes or conflict with one another. LCD3. Legal certainty is defective due to the fact that the legal rules (the legal system) are complex. III. Unobtainability. (Defects violating C.) LCD4. Legal certainty is defective due to the fact that it is difficult to acquire legal information. IV. Unreliability. (Defects violating D.) LCD5. Legal certainty is defective due to the fact that the official authorities cannot maintain the efficacy of the legal order. LCD6. Legal certainty is defective due to the fact that the legal order is perverted by the authorities. LCD7. Legal certainty is defective due to the fact that legal rules have retroactive force. LCD8. Legal certainty is defective due to the fact that the law is under constant change at short notice or no notice at all. LCD9. Legal certainty is defective due to the fact that the res judicata principle is not upheld.*” (FRÄNDBERG, Å. *From Rechtstaat to universal law-state...*, p. 117).

defeitos). Mas oferece uma boa demarcação do fio condutor desta investigação. O problema da indeterminação deliberada de textos normativos corta os DSJ 2, 3, 4, 5 e 6, o que, no contexto de uma amplamente reportada hemorrhagia legislativa (DSJ 8) leva a dificuldades quanto à possibilidade de fornecimento de uma resposta a questões surgidas no cotidiano jurídico (DSJ 1). Quer dizer: já nesta primeira mirada, evidencia-se que o problema recortado é transversal à dimensão operativa da segurança jurídica.

Conquanto centrais à factibilidade da noção de segurança jurídica, as acepções que sustentam o arrolamento destes defeitos passam ao largo da delimitação de uma concepção abrangente de segurança, que permite dela falar em termos gerais, sem prejuízo das particularidades de cada caso e de cada contexto. E esta formulação é fundamental para viabilizar o enfrentamento daqueles.

Segurança jurídica, neste giro, pode ser entendida como *coerência normativa*. Isto é: como a exigência de que, para além da não-contradição (requisito de *consistência*), um conjunto de posições faça sentido em sua totalidade, segundo critérios de legitimação integrantes deste mesmo conjunto²⁵⁶. Fosse diferente, a força do Direito se dissiparia em exigências e resultados contraditórios, afrontosos à própria ideia de *Rule of Law*²⁵⁷. Segurança, vale dizer, é um produto da justificação de decisões jurídicas²⁵⁸, a qual remete às mais elementares questões atinentes ao Direito contemporâneo²⁵⁹. Esta definição tem inspiração direta no coerentismo de MacCormick, o qual sustenta que:

²⁵⁶ Neste diapasão, Püschel e Aquino elucidam: “ao contrário da consistência, a coerência admite graus: é possível que um conjunto de proposições seja mais ou menos coerente (faça mais ou menos sentido). Tal coerência relativa é compatível com alguma inconsistência” (PÜSCHEL, F. P. e AQUINO, T. M. Segurança jurídica e coerência: uma reflexão sobre a uniformização de jurisprudência a partir da responsabilidade por abandono afetivo no STJ. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, n. 64, n. 2, pp. 184-204, mai.-ago./2019, p. 187).

²⁵⁷ V. COHEN, M. The rule of law as the rule of reasons. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 96, n. 1, pp. 1-16, 2010, p. 5.

²⁵⁸ “No fundo, tudo que pode ser justificado acaba por depender, de algum modo, de tomadas de decisão”. Tradução livre. No original: “*On closer inspection, everything that can be justified turns out to depend somehow on decision making*” (HAGE, J. Three kinds of Coherentism. In: ARASZKIEWICZ, M. e ŠAVELKA, J. (Orgs.). *Coherence: Insights from Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence*. Dordrecht: Springer, 2013, p. 13).

²⁵⁹ Cf. COHEN, M. The rule of law as the rule of reasons..., p. 3.

a coerência de normas (consideradas como um conjunto de algum tipo), depende de que elas ‘façam sentido’ em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns. Pode-se, também, expressar isso como uma questão de satisfação de alguns princípios mais ou menos claramente articulados. Para que os princípios e valores sejam coerentes em si mesmos, exige-se que, na sua totalidade, eles possam expressar uma forma de vida satisfatória²⁶⁰.

Nesta ordem de ideias, o esforço justificatório de decisões deve ser sempre amparado por “afirmações de razões, ‘*motifs*’, de um tipo que sejam aceitavelmente justificatórios por referência ao Direito”²⁶¹. Este norte permite não apenas o controle de práticas decisórias na ambiência do Direito, como também (e principalmente), a correção de soluções incoerentes e a administração de mudanças repentinas. A coerência, como núcleo da segurança jurídica, então, funciona, ao menos nesta dimensão enunciativa, como um *ideal regulatório*²⁶² inato à própria acepção de ordenamento jurídico. É bem o que propõe Arnauld: “segurança jurídica é (...) um propósito fundamental do Direito. (...) A segurança jurídica se encontra, aqui, na forma de uma *idée directrice* do Direito”²⁶³.

²⁶⁰ MACCORMICK, N. Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 252.

²⁶¹ MACCORMICK, N. Retórica e Estado de Direito..., p. 274.

²⁶² A expressão é de Bengoetxea, que assim endereça a concepção de *sistema jurídico*: “Uma certa concepção de sistema jurídico opera como um ideal regulatório nos diferentes estágios do Direito; em outras palavras, embora a concepção do Direito como um sistema não possa ser inteiramente realizada *a priori* porque o Direito tem *gaps*, além de sofrer com contradições e com indeterminação, a dogmática jurídica, a legislação e a judicatura tratam o Direito como um sistema que tem precisamente estas qualidades, com o resultado de que o Direito se torna um sistema *a posteriori*, no estágio pós-interpretativo”. Tradução livre. No original: “A certain conception of legal system operates as a regulative ideal at the different stages of law; in other words, although that conception of law as system cannot be fully realised *a priori* because the law does have gaps, and suffers from contradictions and from indeterminacy, yet legal dogmatic, legislation and judicial decision-making treat the law as a system having precisely those qualities with the result that the law becomes a legal system *a posteriori*, at the post-interpretive stage” (BENGOETXEA, J. Legal system as a regulative ideal. In: KOCH, H. e NEUMANN, U. (Coords.). *Praktische vernunft und Rechtsanwendung*. Stuttgart: Franz Steiner, 1994, p. 65). A transposição desta ideia para a noção de segurança jurídica como coerência implica dizer que: embora haja contingências diversas que minem o reconhecimento de alguma segurança *a priori*, sua concretização, na medida do possível, deve ser um norte à atuação da comunidade jurídica.

²⁶³ Tradução livre. No original: “*Rechtssicherheit ist (...) ein Grundbedürfnis im Recht. (...) Die Rechtssicherheit begegnet einem hier in Gestalt einer idée directrice des Rechts*” (ARNAULD, A. *Rechtssicherheit...*, pp. 661-662).

Propor um compartilhamento de sentido entre segurança jurídica e coerência normativa implica, por evidente, renunciar a qualquer propósito descritivo, na medida em que não se trata de algo já inscrito na dinâmica dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Outra não é a posição de MacCormick:

Quase certamente, em qualquer sistema jurídico do mundo, a assunção de coerência holística é parcialmente falsa. No mundo real há sempre conflitos, antinomias, inconsistências. No entanto, a ideia mesma de 'sistema' funciona no pensamento jurídico como o que às vezes se chama de um 'ideal regulatório' (...). Conquanto inconsistência e incoerência parcial continuem a se colocar na prática do Direito, as instituições jurídicas, e particularmente as Cortes Superiores, são responsáveis pela tarefa de tentar expurgar a inconsistência e assegurar consistência e unidade; neste diapasão, são guiadas por um conceito de sistematicidade do Direito²⁶⁴.

Embora se trate, efetivamente, de um ideal regulatório, a visceral conexão entre segurança jurídica e de coerência normativa ostenta condição de factibilidade, ao lado de uma dimensão abstrata. Esta última é objeto de esgrima entre duas concepções diversas. A primeira, intitulada *coerência como atendimento de restrições (constraint satisfaction)* e subscrita por autores como Amaya, finca raízes nas contribuições de Thagard e Verbeugt no campo da Epistemologia, e sustenta, *cum grano salis*, que:

a coerência de um conjunto de elementos depende da satisfação de uma série de restrições positivas e negativas. Estas restrições assinalam relações de coerência – restrições positivas – ou de incoerência – restrições negativas – entre os elementos dentro do conjunto. O problema de determinar a coerência de um dado conjunto de elementos é o de como dividir tal conjunto entre um subconjunto de elementos aceitos e um subconjunto de elementos rejeitados, de maneira que se maximize a satisfação das diferentes restrições. Para satisfazer uma restrição positiva entre dois elementos, é necessário ou aceitar ambos ou rechaça-los. Uma restrição negativa entre dois elementos se satisfaz quando ao aceitar um, rechaça-se o outro. A ideia é, portanto, que a maximização da coerência de um conjunto de

²⁶⁴ Tradução livre. No original: "Almost certainly, of any real legal system in the world, the assumption of holistic coherence is partly false. In the real world, perhaps, there are always conflicts, antinomies, inconsistencies. Yet the very idea of 'system' functions in legal thought as what is sometimes called a 'regulative ideal' (...). Although inconsistency and partial incoherence keep rising to the surface in the practice of law, the institutions of the law, and particularly the higher courts, have responsibility for the task of trying to purge inconsistency and secure coherence and unity; in this they are guided by a concept of the systematicity of law." (MACCMORMICK, N. e SUMMERS, R. S. Introduction. In: MACCMORMICK, N. e SUMMERS, R. S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, p. 10).

elementos depende da maximização da satisfação das restrições que ligam pares de elementos dentro de dito conjunto²⁶⁵.

Esta abordagem ostenta qualidades distintas, ao conservar uma permanente abertura do conjunto de coerência e especificar aquilo que se considera suporte para efeitos justificatórios. Ela é, todavia, insuficiente como uma teoria da coerência no Direito, como ressalta Hage: “porque uma aceitável teoria da coerência deve suportar relações entre os elementos [de conjuntos de posições] como elementos da teoria”²⁶⁶. A tomada da coerência como atendimento de restrições, portanto, peca ao não incorporar seus critérios ao conjunto de posições ao qual se pretende aplicar.

Em contraste, a teoria da coerência integrada – subscrita, entre outros, pelo próprio Hage – assume que “a relação entre os elementos de uma teoria não se determina por regras e padrões externos a ela, mas dela integrantes”²⁶⁷. A teoria, portanto, e especialmente se tomada em sentido amplo, extrapola a ideia de que um conjunto de crenças também contém meta-crenças²⁶⁸. Esta abordagem, que no fundo se pretende uma onicompreensiva *teoria de tudo*, é valorosa se compreendida como uma teoria *muito abstrata* e conformadora de um pano de fundo sobre o qual abordagens mais específicas e concretas podem se erigir²⁶⁹; como, propriamente, um ideal regulatório.

²⁶⁵ Tradução livre. No original: “la coherencia de un conjunto de elementos depende de la satisfacción de una serie de restricciones positivas y negativas. Estas restricciones señalan relaciones de coherencia -restricciones positivas- o de incoherencia -restricciones negativas- entre los elementos dentro del conjunto. El problema de determinar la coherencia de un conjunto dado de elementos es el de cómo dividir dicho conjunto entre un subconjunto de elementos aceptados y un subconjunto de elementos rechazados de manera que se maximice la satisfacción de las distintas restricciones. Para satisfacer una restricción positiva entre dos elementos, es necesario o bien aceptar ambos o bien rechazar ambos. Una restricción negativa entre dos elementos se satisface cuando al aceptar uno, se rechaza el otro. La idea es, por lo tanto, que la maximización de la coherencia de un conjunto de elementos depende de la maximización de la satisfacción de las restricciones que ligam pares de elementos dentro de dicho conjunto.” (AMAYA, A. Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho. *Revista Discusiones*, v. 10, pp. 21-64, 2011, pp. 23-24).

²⁶⁶ Tradução livre. No original: “if only because an acceptable coherence theory should the support relations between the elements as elements of the theory” (HAGE, J. *Studies in legal logic...*, p. 47).

²⁶⁷ Tradução livre. No original: “the relation between the elements of a theory are not determined by the rules or standards outside the theory, but are parts of the theory itself” (HAGE, J. *Studies in legal logic...*, p. 52).

²⁶⁸ Cf., a propósito, HAGE, J. *Studies in legal logic...*, p. 56.

²⁶⁹ Cf., novamente, HAGE, J. *Three kinds of Coherentism...*, p. 31.

Uma versão mais modesta (e factível) desta proposta é o chamado Coerentismo *Derrotável* (*Defeasible Coherentism*), o qual faz concessões às limitações do conhecimento humano para, rompendo as amarras do deducionismo, admitir que “reais conjuntos de posições nunca serão integralmente coerentes; se fossem, seriam infinitamente grandes. [Deste modo] se o coerentismo deve ser usado como um teste verdadeiro para a justificação de posições, uma versão menos exigente deve ser desenvolvida”²⁷⁰. Nesta mirada, o predomínio das regras de inferência dedutiva do Coerentismo Integrado cedem em prol de inferências *abduativas* – aquelas que trazem, como conclusão, “tão-somente uma hipótese que possivelmente explica as premissas, ou seja, a partir de uma observação ou resultado (ex: o chão está molhado) e uma regra ou teoria subjacente (ex: quando chove, o chão é molhado), levanta-se a hipótese mais plausível (ex: choveu)”²⁷¹. E nem poderia ser diferente, pois “a aparência de argumentação puramente dedutiva ou demonstrativa [em Direito], mesmo que exista, é quase sempre enganosa”²⁷².

Destarte, a posição não precisa ser justificada à vista da totalidade das demais posições ou crenças que circundam a Teoria e a Prática do Direito, mas nas crenças fundamentadamente mantidas até prova em contrário – um subconjunto viável do conjunto de posições acerca do Direito, o qual as deve incluir e ser integradamente coerente²⁷³. Ou seja: a justificação se dá segundo a *melhor explicação possível* à vista do conjunto de crenças que se crê (trata-se de uma meta-crença, portanto) suficiente ao tempo da justificação, segundo os parâmetros normativos estatuídos pelo Direito vigente. Neste contexto, já transparece, ganha força e projeção a temática da derrotabilidade normativa.

A derrotabilidade normativa é estudada pela Teoria do Direito a partir da assunção do caráter atributivo (e não propriamente descritivo) dos enunciados

²⁷⁰ Tradução livre. No original: “Actual position sets will never be integratedly coherent, if only because they would most likely be infinitely large. If coherentism is to be used as a real test on the justification of positions, a less demanding version should be devised” (HAGE, J. Three kinds of Coherentism..., p. 21).

²⁷¹ MARANHÃO, J. S. A. Von Wright e o silogismo prático como método de compreensão da ação. *Cognitio*, São Paulo, v. 7, n. 2, pp. 2610275, jul./dez. 2016, p. 273.

²⁷² MACCORMICK, N. *Retórica e Estado de Direito*..., p. 307.

²⁷³ V. HAGE, J. Three kinds of Coherentism..., pp. 21-22.

jurídicos em geral²⁷⁴, com desdobramentos interessantes no campo da pragmática²⁷⁵ e da lógica²⁷⁶. Essas leituras nem sempre são conciliáveis entre si, tampouco se pode dizer que são imutáveis no ideário de seus proponentes. Apesar de plurivocidade que daí advém, é possível, operativamente, traduzir a derrotabilidade como possibilidade de se afastar (derrotar, excepcionar ou não se aplicar) determinado enunciado normativo se um fato jurídico, interpretação ou circunstância com ele não guardar compatibilidade e puder derrotá-lo, parcialmente ou totalmente, desde que esse novo parâmetro seja universalizado para os casos semelhantes vindouros²⁷⁷:

sinteticamente, considerando que a riqueza das situações possíveis na realidade não é passível de ser prevista ou antecipada de maneira exaustiva pelo legislador, considera-se que toda norma traz consigo, para além das exceções expressas que porventura contemple, exceções implícitas decorrentes do contexto factual, sendo afastadas ou derrotadas em determinados contextos fáticos, em face de determinadas circunstâncias por elas não previstas²⁷⁸.

Dizer que a justificação jurídica é sempre derrotável significa, pois, afirmar sua susceptibilidade a revisão diante de novas posições incorporadas ao conjunto de referência, bem assim de inconsistências reveladas *a posteriori* ou de elementos que o contrariem – sem desconsideração, por evidente, dos fatores de estabilização do Direito, como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, os quais são, eles mesmos, algo indeterminados. Nesta toada, mesmo que não se possa assegurar a coerência originária ao ordenamento jurídico, abre-se caminho para a construção de uma coerência restaurada ou

²⁷⁴ V. HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*. New Series, v. 49, pp. 171-194, 1948-1949, especialmente pp. 174, 176 e 181.

²⁷⁵ McCormick, ao abordar a derrotabilidade segundo a dinâmica do debate judicial, crava: trata-se de “um conceito que pertence à pragmática dos processos judiciais” (MACCORMICK, N. *Retórica e Estado de Direito...*, p. 319).

²⁷⁶ Para um panorama deste interessante debate, cf. HAGE, J. *Studies in legal logic...*, pp. 7-32.

²⁷⁷ FROTA, P. M. C. Derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, n.52, pp.81-99, 2010, p. 87.

²⁷⁸ SGARBOSSA, L. F. O conceito de derrotabilidade normativa: noções fundamentais e análise crítica. In: SERBENA, C. A. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 61.

derivada²⁷⁹. Por outras palavras, trata-se de dissociar a segurança jurídica da irrealizável pretensão de fixar definitivamente os significados normativos, em prol de sua construção segundo parâmetros de continuidade e homogeneidade viabilizados pela coerência normativa²⁸⁰.

A partir destes elementos, é possível imbricar a *segurança como coerência* com uma leitura alternativa, porque não desafeta à formalização, do debate hermenêutico acerca da compreensão, interpretação e aplicação do Direito, tidas por indissociáveis devido ao fato de que o entendimento se dá por meio da interpretação, cuja essência se exprime em sua aplicação prática – é dizer: “não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, mas de uma só operação”²⁸¹. Esta possibilidade de reconstrução, apesar das pretensões abertamente anti-procedimentais e anti-formalistas da hermenêutica²⁸², se justifica pelo fato de que Gadamer e seus discípulos cogitam de uma *estrutura da compreensão*. E, como diz Brozek: “sempre que houver uma estrutura, ela deve ser – ao menos em princípio – passível de reconstrução formal: senão pela lógica clássica, então com o uso de técnicas formais heterodoxas”²⁸³.

Esta abordagem, entretanto, se esmera em escapar da linguagem vaga e enigmática da hermenêutica, comum à generalidade dos discípulos de Gadamer. Isto, decerto, sem deixar de levar em conta as categorias fundamentais da estrutura da compreensão: pré-compreensão (*Vorverständnis*) ou pré-julgamento (*Vorurteil*) e o círculo hermenêutico (*Hermeneutiker Zirkel*).

²⁷⁹ O argumento é de Ost e Kerchove (*Le système juridique entre ordre et désordre...*, p. 85), que escrutinam o *sistema* jurídico a partir de aportes sistêmicos – perspectiva distinta da adotada neste trabalho, mas de indisputável relevância para a situação do problema na contemporaneidade e para a busca por soluções adequadas.

²⁸⁰ Cf., em sentido semelhante: LUZZATI, C. El principio de autoridad y la autoridad de los principios..., p. 67.

²⁸¹ GRAU, E. Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)..., p. 49.

²⁸² Características fortemente enfatizadas, em solo brasileiro, por Streck: STRECK, L. L. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito..., pp. 71 e ss.

²⁸³ Tradução livre. No original: “*whenever there is a structure it must be – at least in principle – formally reconstructable: if not in classical logic, then with the use of nonstandard formal techniques*” (BROZEK, B. Legal interpretation and coherence. In: ARASZKIEWICZ, M. e ŠAVELKA, J. (Orgs.). *Coherence: Insights from Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence*. Dodrecht: Springer, 2013, p. 113). No caso, a ferramenta de reconstrução sugerida por Brozek é a teoria da coerência.

Nesta senda, Brozek propõe que a pré-compreensão pode ser aclarada a partir da identificação de quatro espécies:

Primeiro, a tese de que a ‘tradição’ é uma condição transcendental do entendimento pode ser vista como uma tentativa de dizer que quem interpreta algo deve usar uma linguagem interpretada. Então, deve ter a seu dispor um vocabulário, regras sintáticas (...), regras de inferência e uma função que mapeie constantes para os indivíduos que pertencem ao domínio da linguagem (...). Segundo, a participação em uma mesma tradição requer um conjunto compartilhado de pressuposições (...). Terceiro, duas pessoas participam da mesma tradição se têm o mesmo ou um similar conhecimento de fundo, no qual o termo usualmente refere a todas as declarações que – dentro do processo de resolução de um problema – são entendidos como verdadeiros ou não problemáticos. (...) Quarto, parece que a melhor maneira de explicar a dimensão individual da pré-compreensão é tratar pré-julgamentos como hipóteses iniciais (...) que cada um formula no começo do processo de interpretação, e objetiva confirmar ou rejeitar em seu curso.²⁸⁴

Neste quadro, o indigitado autor sustenta que “a interpretação é um processo que conduz ao estabelecimento do significado de um dado texto”²⁸⁵. Idêntica percepção se espraia por outros setores da literatura especializada, que, ao discernir interpretação-atividade de interpretação-resultado, cravam: “o produto da interpretação (atividade) é o significado do objeto interpretado”²⁸⁶.

Significado, por seu turno, é expressão sujeita a explicações concorrentes e bastante diversas na tradição filosófica ocidental, a qual se resume, grosso

²⁸⁴ Tradução livre. No original: “First, the thesis that ‘tradition’ is a transcendental condition of understanding may be seen as an attempt to say that whoever interprets something must use an interpreted language. Thus, she must have at her disposal a vocabular, syntactic rules (...), rules of inference and a function which maps constants to individuals belonging to the domain of language (...). Second, participation in the same tradition requires a shared set of presuppositions. (...) Third, two persons participate in the same tradition if they have the same or similar background knowledge, where the term usually refers to all those statements that – within the process of solving a problem – are assumed true or unproblematic. (...) Fourth, it seems that the best way to explicate the individual dimension of pre-understanding is to treat pre-judgements as initial hypothesis (...) which one formulates at the beginning of the process of interpretation, and aims at confirming or rejecting them in due course” (BROZEK, B. Legal interpretation and coherence..., p. 115).

²⁸⁵ Tradução livre. No original: “that interpretation is a process leading to the establishment of the meaning of the given text” (BROZEK, B. Legal interpretation and coherence..., p. 115).

²⁸⁶ Tradução livre. No original: “El producto de la interpretación (actividad) es el significado del objeto interpretado” (VELLUZZI, V. “Interpretación sistemática”: ¿Un concepto realmente útil..., p. 67). Na mesma linha: “Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado ou texto” (GRAU, E. *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios...*, p.39).

modo, em duas grandes teorias: uma representacional e uma procedimental. A primeira se relaciona ao essencialismo e às perspectivas de Platão²⁸⁷, Descartes²⁸⁸ e Frege²⁸⁹, no sentido de que o significado de expressões linguísticas é uma abstração ou objeto intelectual que conecta os signos linguísticos ao mundo²⁹⁰. A segunda, exponenciada por Wittgenstein e relacionada ao convencionalismo, assinala que o significado de signos linguísticos é determinado por suas regras de uso²⁹¹. Para a vertente convencionalista, o que importa é menos a possibilidade do significado em si e mais o modo com o qual ele será extraído do enunciado interpretado e, portanto, aplicado²⁹². Neste giro e conquanto haja diferenças sensíveis entre essas explicações, parece haver duas teses comuns que permitem avançar o desenvolvimento de um modelo de interpretação jurídica talhado na coerência normativa. São elas, nas palavras de Brozek:

O significado é indeterminado. É raro que um dado texto possa determinar seu significado com base apenas em si (i.e., sem levar o contexto em consideração). A indeterminação do significado torna a

²⁸⁷ Cf. BLOOM, A. *The Republic of Plato*. 2ª Ed. Tradução, notas e comentários de Allan Bloom. Nova Iorque: Harper Collins, 1991, pp. 193 e ss.

²⁸⁸ V. DESCARTES, R. *Discurso do método*. Introdução, análise e notas de Étienne Gilson. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 58 e ss.

²⁸⁹ Cf. FREGE, G. Über Sinn und Bedeutung. *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, v. 100, pp. 25-50, 1892. Disponível na internet via: <https://www.philosophie.uni-konstanz.de/typo3temp/secure_downloads/67505/0/b51d76380917ce4e5b97c13aef5217f5f0a22942/Frege_Sinn_Bedeutung.pdf>. Última consulta em 30.07.2019.

²⁹⁰ A propósito, Nino esclarece, relativamente às distinções entre essencialismo e convencionalismo na definição de *Direito*, que “Para quem subscreve uma concepção ‘essencialista’ da linguagem, se trata de captar qual é a verdadeira essência do direito. Mas os que adotam esta concepção não nos oferecem um procedimento intersubjetivo para apreender a essência de uma coisa, mas apenas recomendam, em última instância, confiar em certa intuição intelectual que não é objetivamente controlável”. Tradução livre. No original: “*Para quienes subscriben una concepción “esencialista” del lenguaje, se trata de captar cuál es la verdadera esencia del derecho. Pero los que adoptan esta concepción no nos ofrecen un procedimiento intersubjetivo para aprehender la esencia de una cosa, sino que recomiendan, en última instancia, confiar en cierta intuición intelectual que no es objetivamente controlable.*” (NINO, C. S. *Introducción al análisis del Derecho*. 2ª Ed., ampliada e revista. 12ª reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 38).

²⁹¹ Assim, segundo Nino: “segundo a concepção ‘convencionalista’ da linguagem, o significado de uma palavra está determinado pelas regras convencionais que determinam as conduções de uso dessa palavra.” Tradução livre. No original: “*según la concepción “convencionalista” del lenguaje, el significado de una palabra está determinado por las reglas convencionales que determinan las condiciones de uso de esa palabra.*” (NINO, C. S. *Introducción al análisis del Derecho...*, pp. 38-39).

²⁹² Cf. BLACK, J. *Rules and regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 15.

interpretação necessária na maior parte dos casos [*sic*]²⁹³. Em outras palavras, o objetivo da interpretação, causada pela não determinação do significado, pode ser descrito como a decisão de escolher um dos significados que seja *prima facie* (i.e., sem considerar o contexto) atribuível a certo texto por adscrição.

O significado é estável. Escopos de significado, i.e. os conjuntos de significados *prima facie* atribuíveis por adscrição ao texto dado, são estáveis. Todo usuário competente da linguagem adscribe – *prima facie* – semelhantes escopos de significado a uma dada expressão. Isso não quer dizer que estes conjuntos sejam sempre exatamente os mesmos. Contudo, os conjuntos não podem diferenciar substancialmente, pena de tornar impossível a comunicação linguística e esterilizar a linguagem frente a seu propósito de coordenar o comportamento humano²⁹⁴.

Estas duas qualidades do significado se relacionam intimamente à estabilidade estrutural da linguagem, o que implica dizer que *pequenas mudanças no significado de uma expressão resultam em pequenas mudanças em sua compreensão*²⁹⁵. É a partir delas que se pode falar em um método de interpretação, a albergar procedimentos e critérios, sendo que: “procedimentos de interpretação são certas ações que permitem a escolha de um ou mais significados da expressão interpretada. Os critérios da interpretação, por sua vez, determinam quais procedimentos de interpretação são admissíveis em cada caso e quais não são”²⁹⁶.

²⁹³ Brozek (assim como Hage) considera que a interpretação pode ser dispensada quando o texto trazer elementos suficientes para a atribuição de significado, bem assim quando se chegar a uma exemplificação positiva suficiente. Esta premissa, embora se subscreva a grande parte da contribuição do autor Polonês, é aqui rejeitada, pois, como se verá, mesmo os enunciados normativos que se pretendem determinados não bastam em si mesmos, mas fazem sentido apenas no contexto do ordenamento jurídico em questão. *In claris* ou não, *semper fit interpretatio*.

²⁹⁴ Tradução livre. No original: “1. **Meaning is undetermined.** It is typically not the case that when given a text we can determine its meaning on the basis of the text alone (i.e., without taking context into account). The underdetermination of meaning makes interpretation necessary in most cases. In other words, the goal of interpretation as caused by the underdetermination of meaning may be described as the decision of picking out one of the meanings which are *prima facie* (i.e., without considering the context) ascribable to the given text. 2. **Meaning is stable.** Meaning bundles, i.e. the sets of meanings that are *prima facie* ascribable to the given text, are stable. Every competent user of language ascribes—*prima facie*—similar meaning bundles to a given expression. This is not to say that it is always exactly the same set. However, the sets cannot differ substantially, or otherwise linguistic communication would be impossible and language would not serve its purpose, namely the coordination of human behavior.” (BROZEK, B. Legal interpretation and coherence..., p. 116). Negritos originais.

²⁹⁵ Cf. HELLER, M. *Początek jest wszędzie* (*The beginning is everywhere*). Warszawa: Prószyński, 2002, *apud* BROZEK, B. Legal interpretation and coherence..., pp. 118-119.

²⁹⁶ Tradução livre. No original: “Procedures of interpretation are certain actions which enable one to choose one or more meanings of the interpreted expression. The criteria of interpretation, on

Procedimentos interpretativos são, segundo Brozek, basicamente dois: (i) *paráfrase* – i.e.: a tradução da expressão interpretada em uma outra expressão – e (ii) *exemplificação* – i.e.: o processo de *decidir* se um determinado objeto ou determinada classe de objetos é ou não referida pela expressão interpretada. Assim, as *hipóteses interpretativas* de que fala o pensador polonês são “ou paráfrases do texto interpretado, ou exemplificações negativas. Em qualquer caso, o objetivo é estreitar o escopo de significados do texto interpretado, de modo que tais hipóteses são fundamentais ao processo de interpretação”²⁹⁷.

Nesta linha de raciocínio, a interpretação de um texto tem, como ponto de partida para o agente, (i) a disponibilidade de uma linguagem (L); (ii) um conjunto de pressuposições (P); (iii) um conhecimento de fundo (C); e (iv) um conjunto de hipóteses iniciais (H).

À luz do círculo hermenêutico, que vislumbra o processo de compreensão como direcionado do todo para a parte e da parte para o todo, o intérprete busca testar as hipóteses formuladas diante de seu conhecimento de fundo e do conjunto de pressuposições, mediante uma certa linguagem. Intenta, pois, encontrar os mais adequados subconjuntos de $H \cup P \cup C$ ²⁹⁸, segundo o conjunto de posições que tem por referência. Trata-se, vale dizer, de formular hipóteses (H) que possam ser aceitas, revistas ou rechaçadas, segundo sua relação com um certo contexto ($P \cup C$).

O critério de interpretação, à luz desta exigência contextual de que a(s) hipótese(s) interpretativa(s) faça(m) sentido quando lidas na totalidade do conjunto que integram, é o da *coerência*. Ou seja: a interpretação visa a estreitar o escopo de significado de expressões linguísticas, de modo a alcançar paráfrases e exemplificações positivas que façam avançar sua compreensão.

Tal esforço, vertido no prisma da justificação, deságua na exigência, como condição de possibilidade da segurança como coerência, da universabilidade.

the other hand, determine which procedures of interpretation are admissible in the given case, and which are not.” (BROZEK, B. Legal interpretation and coherence..., p. 117).

²⁹⁷ Tradução livre. No original: “*either paraphrases of the interpreted text, or else some negative exemplifications. In both cases the goal is to narrow down the meaning bundle of the interpreted text, and so such hypotheses are essential to the process of interpretation.*” (BROZEK, B. Legal interpretation and coherence..., p. 118).

²⁹⁸ O operador “ \cup ” denota união. Esta notação é utilizada por Brozek, cf. BROZEK, B. Legal interpretation and coherence..., pp. 119-121.

Isto é: embora consideradas as particularidades de cada caso a demandar solução jurídica, esta deve formular suas razões de modo tal que sejam aplicáveis a outros casos semelhantes. A propósito, MacCormick pontua que:

O ‘porquê’ da justificação é um nexo universal. Assim: para que um determinado ato seja correto porque em uma situação existe uma determinada propriedade ou conjunto de propriedades, o mesmo ato tem que ser também correto em todas as situações nas quais basicamente a mesma propriedade ou as mesmas propriedades esteja(m) presente(s)²⁹⁹.

E “isto não significa que seu entendimento seja ‘final’ ou ‘absoluto’, mas que é o suficiente para aplicar a determinada expressão a determinado objeto (estado de coisas)”³⁰⁰. Assim é pela já referida abertura à derrotabilidade: quer pelo caráter abduutivo das inferências levadas a efeito na justificação, quer pela pragmática do Direito³⁰¹.

A universalização das razões da decisão jurídica, portanto, é, ela mesma, derrotável – i.e.: “podem se apresentar propriedades relevantes adicionais que alterem o resultado correto, mas a exceção é válida somente se tiver, ela mesma, caráter universal”³⁰². Da mesma forma, a cunhagem de soluções normativas nos amplíssimos espaços de indeterminação – que alguns alcunham de *construção* jurídica, em oposição à interpretação propriamente dita³⁰³ – dá-se *no* conjunto

²⁹⁹ Tradução livre. No original: “El «porque» de la justificación es un nexo universal, en este sentido: para que un determinado acto sea correcto porque en una situación existe una determinada propiedad o conjunto de propiedades, tiene que ser también correcto básicamente el mismo acto en todas las situaciones en que básicamente la misma propiedad o propiedades estén presentes.” (MACCORMICK, N. Universales y particulares..., p. 141). O professor de Edimburgo vai além, já em linha conclusiva: “Não há, afirmo, justificação sem universalização (...) [P]ara que fatos particulares – ou motivos particulares – sejam *razões justificativas*, têm que ser subsumíveis sob algum princípio relevante de ação universalmente formulado, inclusive se se admite que o universal seja derrotável.” (Tradução livre. No original: “No hay, afirmo, justificación sin universalización; (...) Para que hechos particulares —o motivos particulares— sean razones justificativas tienen que ser subsumibles bajo algún principio relevante de acción universalmente formulado, incluso si se admite que el universal es derrotable.” – MACCORMICK, N. Universales y particulares..., p. 149).

³⁰⁰ BROZEK, B. Legal interpretation and coherence..., pp. 121.

³⁰¹ Cf. GRAU, E. Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)..., pp. 65 e ss.

³⁰² MACCORMICK, N. Universales y particulares..., p. 141.

³⁰³ É o caso de Poscher, que assim explica a distinção: “Enquanto a interpretação é basicamente um esforço empírico, i.e.: de reconstrução das intenções do legislador de verdade, a construção

delimitado acima – quer tomando-se a totalidade do Direito e lendo-a em sua melhor feição³⁰⁴, quer mediante recurso ao postulado do legislador racional³⁰⁵. A justificação norteada pela coerência, destarte, apresenta vantagens sensíveis desde a perspectiva da legitimidade e da controlabilidade das decisões jurídicas:

Por um lado, a exigência de apresentação de uma justificação (ou de dá-la quando a instado a tanto) é um controle sobre o capricho; por outro, oferece alguma garantia de que será o Direito – e não outro sistema de normas ou valores – que configurará o fundamento imediato das decisões tomadas pelas cortes. Ademais, mesmo admitidas as diferenças entre a *Common Law* e a *Civil Law* com respeito ao precedente, declaração e publicação das justificações tornam possíveis o desenvolvimento de um entendimento compartilhado do significado de previsões legais, o que alimenta os valores da legalidade e da não-arbitrariedade³⁰⁶.

Deste modo, é factível cogitar a existência de respostas *adequadas* – ou, como prefere Streck à luz de sua versão da hermenêutica filosófica, “respostas constitucionalmente adequadas”³⁰⁷ – em cada ato de interpretação-aplicação do Direito. Não se concede, propriamente, a uma única resposta correta e definitiva, dada a inevitável derrotabilidade do resultado daquele; mas a uma resposta (constitucionalmente) adequada, que, em novo compartilhamento dos *insights* da Hermenêutica, elide “uma profissão de fé no positivismo e, portanto, na discricionariedade judicial”³⁰⁸. Deste modo, é seguro concluir, com MacCormick,

jurídica é uma empresa normativa, já que mira a um legislador fictício e racional”. Tradução livre. No original: “*While legal interpretation is a basically empirical endeavour, i.e. reconstructing the intentions of the actual legislator, legal construction is a normative enterprise, since it aims at a fictive fully rational legislator.*” (POSCHER, R. Legal construction between Legislation and Interpretation. In: von HEIN, J. et al (Orgs.). *Relationship between the Legislature and the Judiciary: contributions to the 6th Seoul-Freiburg Law Faculties Symposium*. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 56).

³⁰⁴ Cf. DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard Belknap Press, 1986, *passim*.

³⁰⁵ Cf. POSCHER, R. Legal construction between Legislation and Interpretation..., pp. 55 e ss.

³⁰⁶ Tradução livre. No original: “*On the one hand, the requirement to state a justification (or to state one if challenged to do so) is a control upon capriciousness: on the other hand, it offers some guarantee that it will be the law rather than some other system of norms or values that will be the primary ground of decisions given by courts. Further, even allowing for differences between common law and civil law jurisdictions in respect of precedent, the statement and publication of justifications makes possible the development of a shared understanding of the meaning of legal provisions, thus further serving the values of legality and non-arbitrariness*” (MACCORMICK, N. e WROBLÉWSKI, J. On justification and interpretation. In: KOCH, H. e NEUMANN, U. (Coords.). *Praktische vernunft und Rechtsanwendung*..., p. 259).

³⁰⁷ STRECK, L. L. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito..., p. 76.

³⁰⁸ STRECK, L. L. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito..., p. 76.

que “não há razão para supor que não haja, em última análise, uma resposta mais razoável a qualquer problema considerado, e uma menos razoável, mesmo que ambas sejam aceitáveis, e mesmo tomando o Direito como um todo”³⁰⁹.

Esta delimitação da segurança jurídica, ainda, em muito extrapole as pretensões exegéticas à certeza da Lei (ou segurança em sentido apenas formal), franqueando espaço à mudança e a à renovação do Direito. Ao incorporar a assunção de que nenhuma crença é inquestionável³¹⁰ – isto é: todo conhecimento e está sempre sujeito a revisão, dado seu caráter derrotável –, a segurança jurídica como coerência exprime caráter dinâmico. Dá conta de que “que o Direito (como um todo, e o Direito Civil, em particular) não é somente *isso que está aí*”³¹¹. Relaciona-se, pois, ao sentido de segurança jurídica substancial, conferindo-lhe sustentação e senso de unidade. Controlabilidade, confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade são, destarte, expressões de coerência, a qual convola a segurança jurídica de um absoluto (a certeza da Lei) em uma questão de *grau* (a segurança no Direito)³¹².

³⁰⁹ Tradução live. No original: “*There is no reason to suppose that there is not, in the last resort, a more reasonable answer to any given problem, and a less reasonable one, even if both of them are fairly reasonable, and even if you take full account of the law*” (MACCORMICK, N. McCormick on McCormick. In: MENÉNDEZ, A. J. e FOSSUM, J. E. (Eds.). *Law and Democracy in Neil McCormick’s Legal and Political Theory: the post-sovereign constellation*. Dodrecht: Springer, 2011, p. 21).

³¹⁰ Cf. ARASZKIEWICZ, M. e ŠAVELKA, J. Introduction. In: ARASZKIEWICZ, M. e ŠAVELKA, J. (Orgs.). *Coherence: Insights from Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence*. Dodrecht: Springer, 2013, p. vi.

³¹¹ FACHIN, L. E. “*Virada de Copérnico*”: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, L. E. (Coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 319.

³¹² Cf. interessante paralelo, lançado a partir do escrutínio do sentido de *Rule of Law*: COHEN, M. The rule of law as the rule of reasons..., p. 15. Cf., também, LUZZATI, C. *El principio de autoridad y la autoridad de los principios...*, p. 67.

2.1 INDETERMINAÇÃO DA LINGUAGEM DO DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA³¹³

A Teoria do Direito, sobretudo nos esquadros daquilo que se convencionou chamar de Escola Analítica³¹⁴, usualmente enfrenta o problema da indeterminação da linguagem jurídica como uma contingência. Esta preocupação se põe em função de que os termos, em especial os termos jurídicos, sujeitam-se a variados níveis de indeterminação, os quais são agravados pelas distinções existentes entre seus usos ordinário e jurídico³¹⁵. Via de consequência, no dizer de Hart:

situações de fato não esperam por nós caprichosamente rotuladas, cuidadas e dobradas; tampouco sua classificação jurídica está nelas inscritas, para depois ser simplesmente lida pelo juiz. Ao revés, quando se aplicam normas legais, alguém tem que tomar responsabilidade por decidir se as palavras alcançam ou não o caso concreto, com todas as consequências práticas daí decorrentes³¹⁶.

O tomador de decisão, então, quando defrontado por circunstância que demande uma solução jurídica, sem que o próprio Direito positivo ofereça critérios para sua enunciação, teria uma espécie de licença para *criar* novo Direito. E este ato criativo seria, em alguma medida, limitado pelo Direito vigente, que se exprime, na leitura da generalidade dos positivismos, como um *sistema de regras* – i.e.: textos normativos que se pretendem determinados ao articular

³¹³ Embora este tópico, logicamente, anteceda ao constante da primeira parte do capítulo 2, optou-se pela inversão, de modo a conferir maior fluidez ao desenrolar do argumento apresentado nas seções seguintes.

³¹⁴ Emprega-se esta expressão para designar a *Analytical Jurisprudence*, que finca raízes nas obras de Bentham e Austin e tem, como exponentes ao longo do Século XX, autores da envergadura de Hart e Hohfeld. Para uma abrangente defesa dos pontos de vista compartilhados por esta Escola, v. HART, H. L. A. *Analytical Jurisprudence in mid-twentieth century: a reply to Professor Bodenheimer*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 105, pp. 953-975, 1957, *passim*.

³¹⁵ Para uma exposição mais compromissada com aportes semânticos, cf. SCHIFFER, S. *Philosophical and jurisprudential issues of vagueness...*, pp. 30 e ss.

³¹⁶ Tradução livre. No original: “*Fact situations do not await us neatly labelled, creased, and folded; not is their legal classification written on them to be simply read off by the judge. Instead, in applying legal rules, someone must take the responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand, with all the practical consequences involved in this decision*” (HART, H. L. A. *Positivism and the separation of law and Morals*. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy...*, pp. 63-64.

atos operativos e consequências normativas³¹⁷. Assim: o aplicador do Direito, diante de “casos não previstos ou não regulados juridicamente, a um só tempo cria [com discricionariedade] novo Direito, e aplica o Direito vigente, o qual confere e limita seu poder criativo”³¹⁸ – daí porque haveria *discretion* (que se tem traduzido para o Português como “discricionariedade”), e não arbitrariedade (*arbitrariness*).

Esta é a chamada *tese da discricionariedade*, que, juntamente com a *tese da separação* e a *tese dos fatos sociais*, compõe o núcleo duro dos positivismos jurídicos e domina os debates havidos em Teoria do Direito desde meados do Século XX. Este núcleo é duramente atacado por construções teóricas avessas à generalidade dos positivismos, engrossadas pela nova revelação da fragilidade do Direito frente ao poder durante ascensão e queda dos totalitarismos.

A primeira dessas querelas é polarizada por Dworkin, não sem razão considerado um dos maiores teóricos do Direito do Século XX. Ele, como se tem dito na literatura especializada, é um autor incômodo³¹⁹, “porque põe em questão pressupostos profundamente arraigados na mentalidade dos juristas”³²⁰, sobretudo os enraizados na influência da já referida Escola Analítica. E o primeiro de seus argumentos contra os Positivismos remete, precisamente, ao ponto nodal da preocupação inerente à segurança como coerência: a abertura

³¹⁷ Diversas outras expressões são empregadas para fazer referência a essas noções. Por exemplo: hipótese e mandamento; estatuição e prescrição; antecedente e conseqüente normativos; etc. Elege-se, contudo, a designação empregada por MacCormick (v. MACCORMICK, N. *Institutions of Law: na essay on legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 25), em prol da unidade nas referências a este objeto.

³¹⁸ Tradução livre. No original: “*legally unprovided-for or unregulated cases the judge both makes new law [with discretion] and applies the established law which both confers and constrains his law-making powers*” (HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1975, p. 272).

³¹⁹ Esta qualidade é evidenciada pela constatação de Juliano Maranhão: “Esse ataque [de Dworkin aos Positivismos] provocou uma grande divisão entre os positivistas, que, aparentemente, convergiram sobre teses centrais, em particular sobre a objetividade do núcleo de sentido dado pelo termo ‘direito’. A crítica, porém, mostrou que aquilo dado como certo, envolvia diferenças importantes, principalmente com relação ao papel da interpretação e o pressuposto de objetividade desse núcleo de sentido. Com isso, Dworkin trouxe um avanço importante ao seio da teoria analítica, consistente no resgate da hermenêutica e da justificação de normas e decisões jurídicas por princípios morais ou de políticas públicas colhidos pela vivência do direito em uma comunidade” (MARANHÃO, J. S. A. *Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 28).

³²⁰ Tradução livre. No original: “*porque pone en cuestión presupuestos profundamente arraigados en la mentalidad de los juristas*” (CALSAMIGLIA, A. ¿Por que es importante Dworkin? *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 2, pp.159-165, 1985, p. 165).

que a tese da discricionariedade oferece ao arbítrio. Trata-se, em suas palavras, de “uma doutrina (...) que leva a lugar nenhum e diz nada”³²¹.

No desenovelar deste argumento, Dworkin propõe abordagem que faz ruir o cisma entre a Ciência da Legislação e a Jurisprudência³²², de modo a atenuar a linha entre *o que o Direito é* e *o que o Direito deve ser*³²³. Em consequência, põe em xeque a tese da separação entre Direito e Moral, a qual é, como já referido, uma das pedras de toque dos Positivismos Jurídicos, ao propor pensar o Direito como “uma prática social cuja intencionalidade tem uma dimensão avaliativa moral essencialmente argumentativa”³²⁴, orientada à legitimação do exercício do poder. Isto em relação não a objetivos sociais, mas a direitos individuais profundamente imbricados em noções (também interpretativas) de

³²¹ Tradução livre. No original: “a doctrine (...) that leads nowhere and tells nothing.” (DWORKIN, R. The Model of Rules. *University of Chicago Law Review*, n. 14, pp. 14-46, 1968, p. 46).

³²² “Por uma parte, a Ciência da Legislação se ocupava de como deve ser o Direito. A Ciência da Legislação é uma disciplina prescritiva e seus cultivadores são os políticos e filósofos. Junto à Ciência da Legislação existe outra disciplina – a Jurisprudência –, cujo objeto é a descrição do direito positivo. A Jurisprudência responde à questão de como é o Direito”. Tradução livre. No original: “*Por una parte la Ciencia de la Legislación se ocupaba de cómo debe ser el derecho. La Ciencia de la Legislación es una disciplina prescriptiva y sus cultivadores son los políticos y filósofos. Junto a la Ciencia de la Legislación existe otra disciplina – la Jurisprudencia –, cuyo objeto es la descripción del derecho positivo. La Jurisprudencia responde a la cuestión de cómo es el derecho*” (CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 12, pp. 155-176, 1992, p. 157).

³²³ Cf. MARANHÃO, J. Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo..., pp. 31 e ss,

³²⁴ MACEDO JUNIOR, R. P. Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158.

liberdade(s)³²⁵ e dignidade³²⁶, as quais se enfeixam em exigências de *igual consideração e respeito*³²⁷, no bojo de uma concepção específica – e não meramente majoritária – de Democracia, denominada *partnership conception of democracy*³²⁸.

Outro importante viés da crítica de Dworkin aos Positivismos – sobretudo à versão de Hart³²⁹ – são os ataques ao modelo de regras, desdobrados em questionamentos das teses do *pedigree*³³⁰ – que sugere a identificação das

³²⁵ Ao arrostar a temática da liberdade, Dworkin referenda a dualidade já abordada, entre outros, por Berlin e Taylor, entre liberdade negativa e liberdade positiva. Mas, especificamente quanto a esta última, propõe leitura abertamente política: “As pessoas têm de poder assumir responsabilidade por suas próprias vidas, e (...) esta responsabilidade é compatível com o governo por outros apenas quando certas condições são verificadas. (...) Primeiro, todos devem poder participar adequadamente das decisões coletivas que constituem o governo, Segundo, todos devem ser livre das decisões coletivas em matérias nas quais a responsabilidade pessoal demanda que cada um decida por si. Assim como a responsabilidade, a liberdade tem essa dimensão dual. Uma teoria da liberdade positiva estipula o que significa a participação adequada das pessoas. (...) Uma teoria da liberdade negativa descreve quais escolas devem ser isentas de decisões coletivas, para que a responsabilidade pessoal seja preservada”. Tradução livre. No original: “People must be allowed responsibility for their own lives, and (...) that responsibility is compatible with governance by other only when certain conditions are met. (...) First, everyone must be permitted to participate in the right way in the collective decisions that make up his governance, and second, everyone must be left free from collective decision in matters that is personal responsibility demands he decides for himself. Because responsibility has those two dimensions, so does liberty. A theory of positive liberty stipulates what it means for people to participate in the right way. (...) A theory of negative liberty describes which choices must be exempt from collective decisions if personal responsibility is to be preserved” (DWORKIN, R. Justice for Hedgehogs. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 365).

³²⁶ Cf. DWORKIN, R. Justice for Hedgehogs...., pp. 368 e ss.

³²⁷ Um retrato da proposta de Dworkin, com alguns temperos críticos e em constante contraste com a de Nozick, foi apresentado por Hart, que assim registrou: “nos mares agitados em que navega a Filosofia da Moralidade Política, entre a fé no utilitarismo e a renovada fé nos direitos, talvez esses autores tenham o mérito de mostrar, ao neles bater, os obstáculos a serem evitados, mas não onde ficam os canais seguros para uma viagem próspera”. Tradução livre. No original: “in the rough seas of political morality is presently crossing between the old faith in utilitarianism and the new faith in rights, perhaps their writers’ chief and very considerable service is to have shown, by running against them, some of the rocks and shoals to be avoided, but not where the safe channels lie for a prosperous voyage” (HART, H. L. A. Between utility and rights. In: HART, H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy..., p. 221).

³²⁸ Esta noção será retomada e melhor explicada adiante. Para uma leitura original e abrangente, seja facultado remeter a DWORKIN, R. The partnership conception of democracy. *California Law Review*, v. 86, pp. 453-458, 1998.

³²⁹ O próprio Dworkin deixa claro o direcionamento de suas críticas ao Positivismo em geral e ao modelo explanatório de Hart em especial, ao dizer que: “Eu quero fazer um ataque geral ao positivismo, e usarei a versão de H. L. A. Hart como um alvo, quando um alvo particular for necessário” (DWORKIN, R. The Model of Rules. *University of Chicago Law Review*, n. 14, pp. 14-46, 1968, p. 22). Tradução livre. No original: “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed”.

³³⁰ Segundo Dworkin, o Positivismo tem que o direito de dada comunidade é o conjunto de regras por ela utilizado para determinar quais comportamentos devem ser punidos ou submetidos a coerção. Tais regras “podem ser identificadas e distinguidas por critérios específicos, por testes

normas de Direito por um teste de *ascendência* ou de autoridade –, da convencionalidade – ancorada no argumento da *regra de reconhecimento* – e do caráter descritivo da Teoria do Direito³³¹.

Na conta que Macedo Junior apresenta da posição de Dworkin, o modelo de regras – i.e.: o modelo de descrição do Direito propugnado pelos Positivismos Jurídicos – seria insuficiente por descurar os princípios, os quais, por serem “necessariamente desprovidos de fonte”³³², poriam em desnudo a natureza argumentativa e interpretativa do Direito, bem assim o caráter moral da argumentação jurídica³³³. Em correspondência à tradicional analogia entre o Direito e o jogo de Xadrez, diz-se, então, que:

O modelo de regras (...) tem elevado poder explicativo para descrever um jogo de xadrez, mas igualmente fracassa ao ser usado para descrever as práticas argumentativas do ‘jogo jurídico’, que seguem um jogo de linguagem cuja gramática difere significativamente daquela do xadrez. (...) A prática jurídica revela que os profissionais do direito, em particular os juízes, se valem dos princípios não porque eles são dotados de autoridade (política), mas antes em razão de sua razoabilidade e justiça. (...) Uma interpretação dos princípios *tal como eles funcionam na prática judicial (fit)* deve reconhecer que os princípios não são meros guias para o exercício de uma atividade discricionária, nem são vinculantes em razão de seu *pedigree* autoritativo³³⁴.

Desta assunção decorre que o Direito, diversamente do Xadrez, não admite acordos convencionais típicos e estáveis em relação às suas regras. Antes, o desacordo é-lhe inato, mormente quanto a conceitos interpretativos, que exigem justificação. Assim, no dizer de Calsamiglia:

Uma das características fundamentais da profissão jurídica [antes, do Direito] é a controvérsia. Os juristas discutem e têm muitos desacordos

que nada têm com seu conteúdo, mas com seu pedigree ou com a maneira na qual foram adotadas ou desenvolvidas” (DWORKIN, R. *The Model of Rules...*, p. 22). Tradução livre. No original: “*can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their pedigree or the manner in which they were adopted or developed*”.

³³¹ Embora a natureza puramente descritiva das proposições jurídicas tenha sido alvo de inquietações do próprio Hart, ao menos no célebre e depois parcialmente reconsiderado HART, H. L. A. *The Ascription of Responsibility and Rights...*, passim.

³³² MARANHÃO, J. *Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo...*, p. 53.

³³³ Cf. MACEDO JUNIOR, R. P. *Do Xadrez à Cortesia...*, p. 162.

³³⁴ MACEDO JUNIOR, R. P. *Do Xadrez à Cortesia...*, pp. 164-165.

sobre as soluções oferecidas pelo Direito Positivo. (...) O Direito entendido como conceito interpretativo supõe que os desacordos existentes entre os juristas não são sobre fatos nem sobre ideias de justiça, mas sobre o que exige o Direito³³⁵.

E isso muito para além dos casos-limite ou de penumbra: em Dworkin, toda decisão jurídica é uma decisão interpretativa e reclama uma Teoria do Direito. Destarte: “Junto ao aspecto descritivo, Dworkin coloca o aspecto normativo, que é o que mais interessa ao profissional do Direito. A teoria orienta a prática”³³⁶. O argumento é de que há dependência lógica dos argumentos jurídicos praticados nos tribunais em relação a pressuposições teóricas acerca do significado de direito. “A Teoria do Direito é, nesse sentido, um pressuposto de inteligibilidade das práticas argumentativas”³³⁷. Deste modo, não se pode admitir a existência de acordo convencional sobre a natureza e o *quid* da regra de reconhecimento; ela mesma é objeto de controvérsia. Ela mesma é interpretativa. Não pode, pois, ser uma *questão de fato*³³⁸, como sugere o Positivismo Jurídico de Hart.

E nem poderia ser diferente, dado o caráter interpretativo das proposições jurídicas, as quais, segundo o autor, não são apenas descritivas da história do Direito de modo direito, tampouco somente avaliativas e dela dissociadas. São, antes, *interpretativas* dessa história; combinatórias, portanto, de traços descritivos e avaliativos³³⁹.

Se é assim, descabe submeter o Direito a análise predominantemente semântica, como fazem os Positivismos. E é, precisamente, deste mal que eles teriam padecido, segundo Dworkin, que afirma: “o positivismo jurídico fracassou em sua explicação do significado das controvérsias jurídicas porque foi vítima do

³³⁵ Tradução live. No original: “*Una de las características fundamentales de la profesión jurídica es la controversia. Los juristas discuten y tienen muchos desacuerdos acerca de las soluciones que ofrece el derecho positivo. (...) El derecho entendido como concepto interpretativo supone que los desacuerdos existentes entre los juristas no son sobre hechos ni sobre ideas de justicia, sino sobre lo que exige el derecho*” (CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin..., p. 159).

³³⁶ CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin..., p. 158.

³³⁷ MACEDO JUNIOR, R. P. *Do Xadrez à Cortesia*..., p.194.

³³⁸ É exatamente *como uma questão de fato* que Hart a caracteriza, cf. *The Concept of Law*. 2ª Ed. Oxford: Claredon Press, 1975, p. 110.

³³⁹ Cf. DWORKIN, R. Law as Interpretation. *Texas Law Review*, v. 60, pp. 527-550, 1982, p. 528.

mencionado *agulhão semântico*³⁴⁰. Este é argumento que sustenta, nas sintéticas palavras de Bix:

que muitas das teorias acerca da natureza do Direito afirmam ou assumem que ‘todos os juristas seguem certos critérios linguísticos ao avaliar as proposições de Direito’, e que um enfoque fundado sobre este ponto de vista seria incapaz de explicar os desacordos teóricos ou persistentes que surgem entre participantes igualmente competentes quando interpretam o Direito³⁴¹.

À vista desses supostos, propõe-se uma nova analogia para o Direito: não com o jogo de Xadrez, mas com a cortesia, que é, ela mesma, uma prática social interpretativa. É que desacordos quanto ao conteúdo de cortesia, tal como este se compreende normativamente, seriam inerentes ao seu próprio delineamento conceitual³⁴². Assim: “a melhor *concepção de cortesia* é aquela que melhor a interpreta enquanto uma prática social normativa real, que mantém certa adequação (ou ajuste – *fit*) com um conjunto de práticas socialmente compartilhadas que servem de medida ou paradigma”³⁴³. Neste giro:

O direito, para Dworkin, é uma prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Ele não é um sistema de regras *tout cort*. Ele envolve uma complexa teia de articulações de práticas de autoridade, legitimação e argumentação. (...) Para ele, as práticas jurídicas ocorrem dentro de um contexto e impactam esse contexto. Esse impacto contextual é medido e avaliado em termos morais. Por esse motivo, o *direito* é um *conceito político*³⁴⁴.

³⁴⁰ MACEDO JUNIOR, R. P. *Do Xadrez à Cortesia...*, p. 181.

³⁴¹ Tradução livre. No original: “*que muchas de las teorías acerca de la naturaleza del derecho afirman o asumen que ‘todos los abogados siguen ciertos criterios lingüísticos al evaluar las proposiciones del derecho’, y que un enfoque fundado sobre ese punto de vista sería incapaz de explicar los desacuerdos teóricos o persistentes que surgen entre participantes igualmente competentes cuando interpretan el derecho*” (BIX, B. H. *Diccionario de teoría jurídica*. Tradução de Enrique Rodríguez Trujano e Pedro A. Villarreal Lizárraga. Cidade do México: UNAM, 2009, p. 4).

³⁴² Diz Ronaldo Porto Macedo Junior: “o traço distintivo de uma prática argumentativa é justamente o fato de que ela pressupõe a existência de argumentos sobre as próprias práticas. (...) As práticas de argumentação envolvidas nas práticas de cortesia somente ganham sentido no interior das próprias práticas argumentativas, justificando e desafiando os significados e as concepções sobre a cortesia. Enfim, os argumentos sobre a cortesia são eles mesmos também parâmetros para determinar o que é a melhor concepção de cortesia” (*Do Xadrez à Cortesia...*, pp. 207-208).

³⁴³ MACEDO JUNIOR, R. P. *Do Xadrez à Cortesia...*, p. 205.

³⁴⁴ MACEDO JUNIOR, R. P. *Do Xadrez à Cortesia...*, pp. 210-211.

Este é, aliás, o *locus* do célebre debate entre a acepção construtivista de Dworkin e os originalismos de Scalia e Tribe.

Em apertada síntese, Anton Scalia sustentava que “as leis significam o que elas dizem, não o que os legisladores quiseram que elas dissessem, sem escrever no texto para que alguém (...) lesse”³⁴⁵. Assim: “O texto é o Direito, e é o texto que deve ser observado”³⁴⁶, não necessariamente de modo literal, mas ao menos cuidados os limites da linguagem nele e em seu contexto empregada³⁴⁷, segundo lentes predominantemente semânticas – o que levou Dworkin a alcunhar esta leitura de originalismo semântico (*semantic originalism*)³⁴⁸, em oposição ao originalismo de expectativas (*expectation originalism*), que ele também vislumbra em Scalia³⁴⁹, embora sem aceitação deste.

Tribe, de sua vez, defende que a interpretação jurídica (sobretudo constitucional) não deve se apegar apenas à textualidade de enunciados normativos, mas buscar o intento de seus redatores. O propósito, então, seria de “*descobrir*, em vez de *construir* uma interpretação”³⁵⁰. Só assim viabilizar-se-ia, a um só tempo, alcançar além dos limites do texto e evitar os perigos da projeção dos valores e preferências pessoais dos juízes sobre a interpretação (constitucional), em usurpação do viés democrático da deliberação

³⁴⁵ Tradução livre. No original: “*Laws mean what they actually say, not what legislators intended them to say but did not write into the law’s text for anyone (...) to read*” (GUTMANN, A. Prefácio a SCALIA, A. A matter of interpretation. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. vii).

³⁴⁶ Tradução livre. No original: “*The text is the law, and it is the text that must be observed*” (SCALIA, A. A. Common-Law Courts in a Civil-Law System: the role of United States Federal Courts in interpreting the Constitution and laws. In: SCALIA, A. A matter of interpretation..., p. 22)

³⁴⁷ Cf. SCALIA, A. Common-Law Courts in a Civil-Law System: the role of United States Federal Courts in interpreting the Constitution and laws. In: SCALIA, A. A matter of interpretation..., p. 37.

³⁴⁸ DWORKIN, R. Justice in Robes..., p. 125.

³⁴⁹ Cf., a propósito, DWORKIN, R. Comment. In: SCALIA, A. A matter of interpretation..., p. 119.

³⁵⁰ TRIBE, L. Comment. In: SCALIA, A. Common-Law Courts in a Civil-Law System: the role of United States Federal Courts in interpreting the Constitution and laws. In: SCALIA, A. A matter of interpretation..., p. 71.

parlamentar³⁵¹. Deste modo, o texto seria um necessário ponto de partida, mas não o único ou o último ponto de referência. Assim:

Certamente nada há no texto que proclame ser o texto constitucional o último ou único ponto de referência – e mesmo que houvesse, uma proclamação autorreferente como esta levantaria o problema da regressão ao infinito e deixaria sem resposta a própria questão da qual partimos: como deve ser identificado o *significado* do texto?³⁵²

A crítica que Dworkin apresenta a essas leituras, cuja indicação é necessária para efeito de contextualização, delinea o Direito como prática argumentativa e interpretativa havida no contexto de uma dada comunidade de princípio³⁵³. O Direito, então, apresenta-se como uma narrativa política em desenvolvimento³⁵⁴. Nela, assim como nos romances em cadeia (*chain novels*)³⁵⁵, cada capítulo deve ser coerente com os anteriores e contribuir para a leitura da obra em suas melhores feições³⁵⁶, de modo que “as proposições

³⁵¹ Cf. GUTMANN, A. Prefácio a SCALIA, A. *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. X.

³⁵² Tradução livre. No original: “*There is certainly nothing in the text itself that proclaims the Constitution’s text to be the sole or ultimate point of reference – and, even if there were, such a self-referential proclamation would raise the problem of infinite regress and would, in addition, leave unanswered the very question with which we began: how is the text’s meaning to be ascertained?*” (TRIBE, L. Comment. In: SCALIA, A. *A matter of interpretation...*, p. 78).

³⁵³ “Dworkin relaciona a integridade com a fraternidade almejada pela revolução francesa. Ele afirma que o dever de respeitar as leis é proveniente de uma fraternidade social semelhante à de uma família ou grupo de amigos. Essa comunidade, regida pelo ideal da fraternidade, seria a comunidade de princípios. A comunidade de princípios é uma comunidade moralmente plural, ou seja, ela procura uma integridade entre os diversos valores morais, respeitando igualmente a moral de todos os cidadãos. Ela adota um compromisso com os seus princípios e os manifesta na elaboração de políticas por meio da legislação e sua aplicação pelo judiciário nas decisões judiciais” (CHUEIRI, V. K. e SAMPAIO, M. A. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. *Revista Direito GV*, 5(1), pp. 45-66, jan-jun/2009, p. 56).

³⁵⁴ DWORKIN, R. *Law’s Empire...*, p. 225.

³⁵⁵ A ideia de *chain of law* é explorada por Dworkin nos já citados *Law as Interpretation* (pp. 540-546) e *Law’s Empire* (pp. 228-231).

³⁵⁶ A propósito, esclarecem Vojvodic, Machado e Cardoso: “o autor envolvido na elaboração de um romance em cadeia deve considerar a continuidade do romance, e não um novo começo a cada capítulo. Ao detalhar o processo de interpretação, há duas dimensões às quais sua interpretação será submetida à prova. A primeira é a da adequação, em que o intérprete não pode adotar uma interpretação que acredite representar sua leitura individual da obra – à qual nenhum outro autor poderia chegar – fugindo à própria figura de um romancista em cadeia, preocupado com uma interpretação que faça o texto fluir como um todo. A segunda dimensão é a escolha entre as interpretações adequadas daquela que se ajusta melhor à obra em desenvolvimento como um todo. Essas dimensões devem ser levadas em consideração pelo(s)

jurídicas serão verdadeiras se figurarem em ou seguirem os princípios da justiça, da equidade e do devido processo que provejam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica de dada comunidade”³⁵⁷. Considerado o acervo normativo e de decisões pretéritas, as autoridades decisórias devem encontrar as interpretações que a ele melhor se adéquam e escolher qual dentre elas melhor dá sequência ao trabalho realizado³⁵⁸. É, precisamente, neste prisma que se afigura a noção de Direito como Integridade:

O Direito como Integridade exige que o juiz assuma, tanto quanto possível, que o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça e equidade e processo legal, e requer que ele os adense nos casos que diante de si surgirem, de modo que a situação de cada pessoa seja justa e equânime segundo aqueles parâmetros. Tal estilo de adjudicação respeita a ambição assumida pela integridade, a ambição de ser uma comunidade de princípio³⁵⁹.

Assim compreendido o Direito, põe-se a inevitável constatação de que, em Dworkin, não há limitação naquele para o encontro de respostas corretas e adequadas a quaisquer circunstâncias conflituosas. Não há espaço para a discricionariedade (*discretion*). Antes, haveria insuficiências na visão de quem diante dele se encontra, especialmente se procura respostas através das lentes dos Positivismos³⁶⁰.

O zelo às exigências inerentes à integridade, sobretudo à coerência, entretanto, não implicam uma capitulação do presente frente ao passado, pois, no dizer do autor, “a coerência com o conjunto de princípios que representa a

autor(es) em todas as etapas da obra, do primeiro ao último capítulo do romance” (VOJVODIC, A. M., MACHADO, A. M. F. e CARDOSO, E. L. C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e o processo decisório no STF. Revista Direito GV, 5(1), pp. 21-44, jan-jun/2009, p. 39).

³⁵⁷ Tradução livre. No original: “*propositions of law are true if they figure in or follow the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice*” (DWORKIN, R. Law’s Empire..., p. 225)

³⁵⁸ Cf. DWORKIN, R. Law’s Empire..., p. 229-230.

³⁵⁹ Tradução livre. No original: “*Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person’s situation is fair and just according to such standards. That style of adjudication respects the ambition integrity assumes, the ambition to be a community of principle.*” (DWORKIN, R. Law’s Empire..., p. 243).

³⁶⁰ Esta objeção, contrastada com os argumentos de Hart, é minudenciada no pós-escrito a The Concept of Law – cf. HART, H. L. A. The Concept of Law..., pp. 272 e ss.).

moralidade política de uma comunidade implicará que todos sejam tomados com igual consideração e respeito nas decisões”³⁶¹ – acepção que contrasta com a segurança como coerência por desconsiderar a incorporação ao discurso jurídico das concepções morais a que o Direito se reporta (as quais se convolam, destarte, em concepções jurídicas, conforme esmiuçado abaixo).

Este delineamento interpretativo do Direito, ao passo em que não concede à liberdade plena do intérprete, é avessa a sua absoluta constrição: há liberdade criadora em cotejo com uma tarefa mecânica, mas há constrangimento se comparada a outra menos orientada: é tudo uma questão de perspectiva³⁶². As consequências dessa abordagem integral e interpretativa são sentidas bastante sensivelmente no âmbito da interpretação – sobretudo constitucional. Segundo Dworkin, “a apropriada interpretação constitucional toma tanto o texto quanto a prática pretérita como seus objetos”³⁶³; deve buscar a *integridade* constitucional. Via de consequência, não se concede a uma determinação (quase) absoluta do presente pelo passado, à moda das doutrinas Positivistas (*convencionalistas*)³⁶⁴. Menos ainda a uma completa liberação de amarras, tal qual sugerida pelos pragmatismos, para os quais o primordial é a decisão justa. Deste modo:

O Direito não se encontra nas decisões do passado nem tampouco nas intuições do que é a justiça. O Direito em uma sociedade democrática é algo mais complexo que o que essas duas visões nos oferecem e é preciso realizar um esforço construtivo para entender por que nem o convencionalismo nem o pragmatismo oferecem respostas adequadas³⁶⁵.

³⁶¹ QUEIROZ BARBOZA, E. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 249.

³⁶² Cf. DWORKIN, R. *Law's Empire*..., p. 237.

³⁶³ Tradução livre. No original: “Proper constitutional interpretation takes both text and past practice as its object” (DWORKIN, R. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 118).

³⁶⁴ É dizer: “o Direito se encontra nas convenções do passado. (...) O convencionalismo estrito responde que o passado sempre determina o presente, enquanto o convencionalismo moderado responde afirmativa à questão, conquanto reconheça a discricionariedade judicial para o caso sobre que não exista convenção”. Tradução livre. No original: “*El derecho se encuentra en las convenciones del pasado. (...) El convencionalismo estricto responde que el pasado siempre determina el presente, mientras que el convencionalismo moderado responde afirmativamente a la cuestión aunque reconoce la discrecionalidad judicial para el caso en el que no exista convención*” (CALSAMIGLIA, A. *El concepto de integridad en Dworkin*..., p. 161).

³⁶⁵ Tradução livre. No original: “*El derecho ni se encuentra en las decisiones del pasado ni tampoco en las intuiciones de lo que es la justicia. El derecho en una sociedad democrática es algo más complejo de lo que estas dos visiones nos ofrecen y es preciso realizar una empresa*

É dizer: a interpretação do Direito não se esgota no texto – ele, a rigor, diz muito pouco³⁶⁶. Aliás, pode, em certas circunstâncias, ir para além dele, já que a tomada de decisões jurídicas envolveria um julgamento *moral* – o que não autoriza, entretanto, a completa desconsideração do texto. Nesta esteira, a apreciação de novos questões morais deve se dar menos à luz das intenções semânticas dos redatores do texto e de suas intenções políticas, e mais segundo a busca de coerência e integridade do Direito. A correspondência entre segurança jurídica e certeza (ou, mais propriamente, predeterminação normativa), portanto, implode.

As objeções erigidas em face da proposta de Dworkin, segundo ele mesmo, somente fazem sentido em modelos formais de democracia, ancorados no princípio majoritário. Elas não se sustentariam no contexto da *partnership conception of democracy*, na qual as pessoas agem em conjunto como membros de um empreendimento cooperativo, em igualdade de condições – isto é: em um modelo organizacional em que os cidadãos têm responsabilidades compartilhadas por decisões políticas, para cuja tomada concorrem igualitariamente (têm suas preferências aquilatadas com igual respeito e consideração, observados os limites intransponíveis da independência ética e de outros aspectos nucleares da dignidade)³⁶⁷. A virtude da integridade, então, floresceria no contexto de uma comunidade política fundada em princípios justificadores, nos quais as decisões públicas devem se amparar e com os quais devem ser coerentes.

A formulação da concepção teórica de Ronald Dworkin, vale dizer, alcança questões de fundo que transcendem em muito a pretensa assepsia dos Positivismos. O autor refunda a Teoria e a Filosofia do Direito desde a

constructiva para entender por que ni el convencionalismo ni el pragmatismo ofrecen respuestas adecuadas” (CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin..., p. 163).

³⁶⁶ Cf. CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin..., p. 160.

³⁶⁷ Este sentido de *partnership conception of democracy* é, *quantum satis*, delineado em: DWORKIN, R. The partnership conception of democracy..., p. 457. A temática concernente ao limite da imposição de deliberações públicas sobre a esfera individual dos cidadãos, a partir da dicotomia entre liberdade negativa e liberdade positiva, é renovada pelo autor em DWORKIN, R. Justice for Hedgehogs..., pp. 367-377.

perspectiva interna do intérprete/aplicador, prescrevendo a maneira com a qual deva tomar suas decisões nos esquadros de uma sociedade democrática, igualitária e liberal. Ao fazê-lo, dissolve as grandes teses dos Positivismos e permite uma retomada dos propósitos justificadores da Teoria e da Filosofia do Direito, para além do cisma entre Jusnaturalismos e Positivismos Jurídicos. Daí ser um autor original, polêmico (não apenas por seu estilo redacional) e incômodo, mas sobretudo necessário. Daí, por consequência, sua importância para a cunhagem da segurança como coerência, embora esta, como demonstrado adiante, não acolha de todo os pressupostos do autor e tenha aspirações bem mais modestas.

2.2 SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA NÃO SÃO ANTÍPODAS

A segunda das discussões referidas finca raízes no que alguns entendem ter sido uma mudança de perspectiva no pensamento de Radbruch. Estas teriam se dado, mais precisamente, em uma de suas mais breves e notáveis contribuições no Pós-Segunda Guerra, intitulada *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. Trata-se da enunciação de duas assertivas que posteriormente vieram a ser conhecidas como “Fórmulas de Radbruch”. Elas foram lançadas no contexto da demonstração de que as máximas “a lei é a lei” e “uma ordem é uma ordem”, associadas ao Positivismo Jurídico, serviram à plácida subserviência do Direito Alemão aos propósitos do *III Reich*. Sua redação original, em tradução livre, dá conta de que:

O conflito entre Justiça e Segurança Jurídica deve ser resolvido de modo que o Direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, prevaleça mesmo quando seu conteúdo seja injusto e falhe em beneficiar as pessoas, salvo se o conflito entre a lei escrita e a justiça alcançar um grau de inaceitabilidade grande o suficiente para que a aquela, por ser viciada, deve ceder perante a justiça³⁶⁸.

³⁶⁸ Tradução livre. No original: “*Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht unzumutbar ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‘unrichtiges Recht’ der Gerechtigkeit zu weichen hat*”. (RADBRUCH, G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, v. 1, n.5, 1946 p. 107).

Onde [sic] não exista sequer uma tentativa de justiça, onde [sic] a equidade, o cerne da justiça, é deliberadamente traída na edição de uma lei escrita, esta não é apenas uma lei viciada; ela carece totalmente da própria natureza do Direito. Isto porque o direito, inclusive o direito positivo, só pode ser definido como um sistema e uma instituição cujo significado é servir à justiça³⁶⁹.

Discutidas já por Hart, que as considerava incursas em um vício conducente ao “otimismo romântico de que todos os valores que celebramos se afeiçoarão, ao final, em um único sistema, de modo que nenhum deva ser sacrificado ou comprometido para acomodar o outro”³⁷⁰, as Fórmulas são objeto de leituras bastante divergentes por autores de indisputável relevância para o debate contemporâneo em Teoria do Direito.

De modo bastante particular e influente, Alexy nelas vislumbra não uma prescrição à decisão jurídica, mas uma proposição acerca do conteúdo do Direito, o que se põe em estreita relação com a tese da conexão necessária entre Direito e Moral, da qual se desdobram os argumentos da pretensão de correção e da injustiça³⁷¹ – que, juntamente com a dupla dimensão (real ou fática e ideal

³⁶⁹ Tradução livre. No original: “*Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positive Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‘unrichtiges Recht’, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn al seine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen*” (RADBRUCH, G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht..., p. 107).

³⁷⁰ Tradução livre. No original: “*the romantic optimism that all the values we cherish ultimately will fit into a single system, that no one of them has to be sacrificed or compromised to accommodate another*” (HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and Morals..., p. 77).

³⁷¹ “o caráter jurídico é subtraído quando normas ou sistemas normativos passam de um limite de injustiça (*Unrecht*). É precisamente esta tese que eu chamo de ‘argumento da injustiça’”. Tradução livre. No original: “*legal character is forfeited when norms or systems of norms cross a certain threshold of injustice (Unrecht). It is precisely this thesis that I shall call the ‘argument from injustice’*” (ALEXY, R. *The Argument from Injustice: a response to legal positivism*. Tradução de Steven Paulson e Bonnie Paulson. Oxford: Claredon Press, 2003, p. 28).

ou crítica) do Direito³⁷², configuram os pilares de sustentação de sua Teoria e de seu conceito de Direito³⁷³.

O autor, ademais e como já comentado, estabelece uma distinção estrutural entre regras e princípios – a comunidade jurídica brasileira usualmente se reporta a ela como polarizada entre mandamentos absolutos (regras) e mandamentos de otimização (princípios)³⁷⁴ –, a qual tem por consequência diferentes técnicas de aplicação – subsunção e ponderação, respectivamente. Nesta ordem de ideias, ele define direitos fundamentais, bem assim justiça e segurança jurídica, como princípios jurídicos, sujeitos, logo, a aplicação por meio da ponderação. Isto muito embora possa haver diferenças qualitativas entre princípios materiais, como a justiça, e princípios formais, como a segurança jurídica. A propósito:

Princípios formais são princípios. (...) A *differentia specifica* dos princípios materiais é que seus objetos de otimização são determinados conteúdos (...). Em contraste, os objetos de otimização de princípios formais são decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos. Princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada³⁷⁵.

³⁷² “O aspecto fático se revela nos elementos definidores da legalidade conforme ao ordenamento e da eficácia social, e o ideal, no da correção moral”. Tradução livre. No original: “*El aspecto fáctico se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social, y el ideal en el de la corrección moral*” (ALEXY, R. Los principales elementos de mi filosofía del derecho. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, n. 32, pp. 67-84, 2009, p. 68).

³⁷³ Diz Alexy: “Tão logo correção moral ou justiça são adicionadas à proclamação autorizada e à eficácia social como um terceiro elemento necessário do conceito de direito, a figura muda fundamentalmente. Um conceito não-positivista de direito emerge. Assim, a tensão entre segurança jurídica e correção, como uma parte integral da tese da dupla natureza, é uma expressão do conceito não-positivista de direito.”. Tradução livre. No original: *As soon as moral correctness or justice are added to authoritative issuance and social efficacy as a third necessary element of the concept of law, the picture changes fundamentally. A non-positivistic concept of law emerges. Thus, the tension between legal certainty and correctness, as an integral part of the dual nature thesis, is an expression of a non-positivistic concept of law* (ALEXY, R. Legal Certainty and Correctness. *Ratio Juris*, v. 28, n. 4, pp. 441-451, dezembro de 2015, p. 442).

³⁷⁴ Assim: “O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como *mandamentos de otimização*. Para ele, os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (SILVA, V. A. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 46).

³⁷⁵ ALEXY, R. Princípios Formais. In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al. Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 13.

As tensões entre segurança jurídica e justiça, desveladas pela ênfase que as fórmulas de Radbruch depositam sobre as situações de *extrema injustiça*, são enfrentadas por Alexy mediante recurso ao balanceamento. Assim:

Como a fronteira da injustiça extrema se relaciona com os princípios da segurança jurídica e da correção substantiva ou justiça, e como essa relação conta como um argumento para arrostar tanto a segurança jurídica quanto a justiça em vez de referir exclusivamente à segurança jurídica? A resposta começa com a tese de que esta relação é determinada pelas duas leis básicas do balanceamento, a lei dos princípios colidentes e a lei da ponderação³⁷⁶.

O professor de Kiel, então, analisa diversos cenários da tensão entre os princípios em comento (P1 = segurança jurídica; P2 = justiça) relativamente a uma norma jurídica Q, mediante emprego dos operadores de preferência (P), de implicação (\rightarrow) e de negação (\neg), nas circunstâncias C1 e C2, equivalentes a injustiça e à extrema injustiça de uma norma, respectivamente, em desdobramentos sintetizados³⁷⁷ pelo quadro:

$(P_1 P P_2) C_1$
$(P_2 P P_1) C_2$
$C_1 \rightarrow Q_1$
$C_2 \rightarrow \neg Q_2$

A ponderação mencionada por Alexy, mesmo diante da diferente qualidade dos princípios colidentes (um formal e outro material), operaria

³⁷⁶ Tradução livre. No original: “How is the threshold of extreme injustice related to the principles of legal certainty and substantive correctness or justice, and does this relation count as an argument for engaging both legal certainty and justice instead of referring exclusively to legal certainty? The answer begins with the thesis that this relation is determined by the two basic laws of balancing, the law of competing principles and the law of balancing” (ALEXY, R. Legal Certainty and Correctness..., p. 445).

³⁷⁷ O autor explica mais detidamente as etapas de seu raciocínio em ALEXY, R. Legal Certainty and Correctness..., p. 445.

mediante emprego de sua fórmula do peso, cuja versão completa foi recentemente refinada para ostentar a expressão $W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$ ³⁷⁸.

Esta síntese formular reclama atribuição de valores numéricos a cada variável, o que, segundo o autor, se pode atender mediante proposição de uma escala triádica não-contínua, graduada em valores *leve* (2₀), *médio* (2₁) e *grave* (2₂), e *confiável/certo* (2₀), *plausível* (2₋₁) e *não evidentemente falso* (2₋₂)³⁷⁹. O resultado prático da fórmula é, ao final, estabelecido em contraste ao número 1. Assim, se o quociente for menor que 1, o primeiro princípio precede ao segundo (no caso da tensão entre segurança jurídica e justiça, a segurança venceria); se maior que 1, o segundo princípio precede ao primeiro (no conflito em análise, prevaleceria a correção, dada a gravidade extrema da injustiça); e equivalente a 1, ter-se-ia um dilema, conforme ilustração:

$W_{i,j} > 1 \rightarrow (Pi \text{ } P \text{ } Pj)C$
$W_{i,j} < 1 \rightarrow (Pj \text{ } P \text{ } Pi)C$
$W_{i,j} = 1 \rightarrow (Pi \text{ } P \text{ } Pj)C \ \& \ \neg (Pi \text{ } P \text{ } Pj)C$

Diante deste cenário, Alexy afirma haver margem para *discretion*, de tal sorte que “é permitido tanto realizar a medida em questão quanto não a realizar”³⁸⁰, o que daria origem a uma inovação normativa. Deste modo, o aparente abalo à segurança jurídica devido à precedência condicional da justiça diante de *injustiça extrema*, “é imediatamente mitigado pelo fato de que a decisão judicial introduz uma nova regra provendo segurança jurídica para o

³⁷⁸ Nela, *W* equivale ao peso concreto do princípio *P_i* em relação o princípio colidente *P_j*; *I* significa intensidade da interferência; e *R* exprime a Certeza (*reliability*) das suposições epistêmicas “e” e normativas “n” envolvidas no juízo de ponderação. Cf.: ALEXY, R. Princípios Formais. In: TRIVISONNO, A. T. G. et al. *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...*, p. 11).

³⁷⁹ Para explicação pormenorizada, v. ALEXY, R. Princípios Formais. In: TRIVISONNO, A. T. G. et al. *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...*, p. 11-12; e ALEXY, R. Die Gewichtsformel. *GreifRecht*, v. 10, pp. 69-78, outubro de 2010, *passim*.

³⁸⁰ Tradução livre. No original: “In this case, it is permitted wither to perform the measure in question or to not perform it” (ALEXY, R. The absolute and the relative dimensions of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 37, pp. 31-47, primavera de 2016, p. 38).

futuro”³⁸¹. É, pois, o juiz que procederá à ponderação dos princípios colidentes diante de uma circunstância específica, e que *deverá* decretar a prevalência da Justiça, com inicial maiúscula, deixando de aplicar a norma extremamente injusta, desprovida, tanto e portanto, de caráter jurídico.

A oposição entre segurança jurídica e justiça, malgrado o grande prestígio das contribuições de Alexy, é errônea quando disposta frente à assunção da segurança jurídica como coerência. Isto se deve a quatro ordens de razões, que envolvem questões de fundo e, por isso, demandaram esta rápida aproximação ao pensamento do professor de Kiel.

Em primeiro lugar, Alexy parte do pressuposto de que as Fórmulas de Radbruch seriam proposições acerca do conceito de Direito, muito embora esta afirmação seja altamente discutível. Isto é revelado pelos escritos de Bix³⁸², que, ancorado em perspectiva positivista-inclusiva tem que as Fórmulas de Radbruch careceriam do caráter universalista almejado por uma Teoria do Direito; antes, limitar-se-iam aos confins de um particular ordenamento jurídico. Não se afigurariam, via de consequência, como elemento do conceito de Direito, como quer Alexy. Deste modo, seriam, no máximo, prescrições para a decisão judicial, enunciadas segundo concepções de justiça incorporadas ao Direito.

Isso é sustentado pelo autor estadunidense com esteio em três argumentos: a um, o próprio Radbruch, ao construir as Fórmulas, parte da análise apenas de decisões judiciais, o que importaria a restrição de seu alcance a elas. Ou, em suas palavras: “decisões judiciais (...) são o contexto para a introdução da(s) Fórmula(s) por Radbruch (...), e decisões comparáveis tomadas

³⁸¹ Tradução livre. No original: “[*This loss, however,*] *is immediatley mitigated by the fact that the judicial decision introduces a new rule providing for legal certainty in the future*” (ALEXY, R. Legal Certainty and Correctness..., p. 446).

³⁸² Diz ele: “A questão é até que ponto a(s) Fórmula(s) de Radhbruch deve(m) ser considerada(s) como não direcionada(s), ou não *primariamente* direcionada(s), a debates sobre a natureza do direito, mas como direcionadas (primariamente) a questões sobre como juízes devem decidir casos”. Tradução livre. No original: “*The question is to what extent the Radbruch Formula(s) should be considered as not directed, or not primarily directed, towards debates about the nature of law, but rather directed (primarily) towards questions about how judges should decide cases.*” (BIX, B. H. Radbruch’s formula and conceptual analysis. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 56, p. 45-57, 2011, p. 52).

por Cortes da Alemanha unificada (...) são o contexto para algumas das discussões de Alexy sobre sua versão dela(s)”³⁸³.

A dois, conquanto seja comum dizer que Radbruch teria se abandonado o Positivismo ao termo da Segunda Guerra, ele antes já esposava a tese da vinculação do Juiz ao Direito, sem explicitar a confusão (que lhe é atribuída) de “Direito” com “Direito positivo”. Isto, na leitura de Paulson, teria ficado claro em texto datado de 1947, no qual Radbruch aborda o sentido da expressão “Lei e Direito” (*Recht und Gesetz*), constante da Lei Fundamental de Bonn relativamente aos limites à atividade jurisdicional³⁸⁴. Destarte, se a exigência de um patamar mínimo de justiça ou correção moral é incorporado ao Direito alemão pós-Segunda Guerra Mundial por sua regra de reconhecimento, o juiz, ao decidir por não aplicar ou não reconhecer a aplicação de norma jurídica extremamente injusta, estaria aplicando o Direito vigente, em vez de o afastar em prol da justiça. Estaria, pois, vinculado ao Direito – e não diante de uma tensão entre Direito e justiça – ou mesmo entre esta última e segurança jurídica.

A três, o contexto em que enunciadas as Fórmulas não era particularmente receptivo à aceitação de doutrinas enaltecedoras da liberdade judicial face à textualidade do Direito posto³⁸⁵. Tal peculiaridade contextual,

³⁸³ Tradução livre. No original: “judicial decision-making (...) is the context for Radbruch's introduction of his Formula(s) (...), and comparable decisions made by the courts in a unified German (...) is the context for some of Alexy's discussion of his version of the Radbruch Formula.” (BIX, B. H. Radbruch's formula and conceptual analysis..., p. 52).

³⁸⁴ Neste escrito, “Radbruch expressamente caracteriza o positivismo jurídico em termos de positivismo legalista, e em linguagem que sugere que ele teria sido um proponente desta visão. A única explicação, creio, é que ele estava tentando dar conta do modo com que seus contemporâneos efetivamente liam a doutrina da vinculação do juiz, nomeadamente como algo que implicava o positivismo legalista. Mas o próprio Radbruch, como argumentei, não defendia o positivismo legalista em sua fase anterior, tampouco o positivismo legalista deriva da doutrina da vinculação do juiz, a qual ele defendia”. Tradução livre. No original: “Radbruch expressly characterizes legal positivism here in terms of statutory positivism, and in language suggesting that he had been a proponent of the view. The only explanation, I believe, is that he was seeking to take account of the way his contemporaries had in fact read the doctrine of judicial bindingness, namely, as implying statutory positivism. But Radbruch himself, as I have argued, did not defend statutory positivism in his earlier period nor does statutory positivism follow from the doctrine of judicial bindingness, which he did defend” (PAULSON, S. L. On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 1, pp. 17-40, 2006, p. 38).

³⁸⁵ Disso é elucidativa a afirmação de Grundman, que assim relata a experiência alemã com as cláusulas gerais neste tempo histórico: “começa aproximadamente no tempo do nacional-socialismo. Nessa época, houve uma tendência que um famoso autor alemão, Justus Wilhelm Hedemann, chamou de “fuga para as cláusulas gerais”. Ele dizia que as cláusulas gerais dão um poder exagerado ao juiz. E, para dizer a verdade, no nazismo tivemos todas essas coisas

segundo Bix, teria levado Radbruch a camuflar sua prescrição à decisão judicial como uma teoria conceitualista sobre o Direito³⁸⁶. A leitura dos enunciados radbruchianos, então, não poderia se dar fora deste referencial – o que costuma ser pouco ventilado na Teoria do Direito, embora seja um quase truísmo desde a perspectiva do Direito Comparado³⁸⁷.

Via de consequência, por todos ou qualquer um dos argumentos de Bix e mesmo sem aderir extensivamente a seu pensamento, há razões para questionar a solidez do ponto de partida de toda a explanação de Alexy a respeito da tensão entre segurança e correção (ou justiça).

Em segundo lugar, a abordagem a essa oposição se dá com enorme frouxidão no que respeita ao sentido de *segurança jurídica*, tomado muito genericamente como a exigência de que “as normas de um sistema jurídico sejam tão determinadas quanto possível, bem como observadas na maior extensão possível”³⁸⁸. O sentido de correção, embora enfrentado em maior

terríveis e verdadeiramente racistas contra os judeus e contra os bons costumes, viabilizadas em grande parte por meio das cláusulas gerais. Por isso, depois da Segunda Guerra Mundial, teve uma certa ressalva contra as cláusulas gerais” (RODRIGUES JUNIOR, O. L., NUNES-FRITZ, K. e RODAS, S. Entrevista com Stefan Grundmann. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo, v. 9, a. 3, pp. 337-350, out-dez. de 2016, p. 348).

³⁸⁶ A propósito: “Parte da razão pela qual Radbruch possa ter dissimulado sua prescrição à decisão judicial em uma teoria conceitualista sobre o Direito pode ser encontrada na cultura político-jurídica e nas expectativas sociais generalizadas existentes nos tempos e lugares nos quais ele viveu. Na Europa Continental, há forte expectativa de que o Direito esteja presente nos Códigos Civis, pelo que o Juiz teria, como única tarefa, sua aplicação. Esta pode não ter sido uma crença universal, mas o fato de que o Movimento do Direito Livre daquele tempo era considerado demasiadamente radical por apenas *sugerir* que os juízes tinham e deveriam ter discricionariedade, indiretamente revela uma visão rígida da atividade judicial no pensamento corrente daquele tempo. (...) Para Radbruch, talvez o único jeito de tornar suas prescrições à decisão judicial palatáveis a seu público seria revesti-las de proposições acerca da validade de normas individuais”. Tradução livre. No original: “*Part of the reason Radbruch may have cloaked his prescription for decision-making in a conceptual theory about law may be found in the legal and political culture, and indeed the general social expectations, of the time(s) and place(s) in which Radbruch lived. In continental Europe, the strong expectation was that the law was fully present in the civil codes, and the judge's only task was to apply the law. This may not have been a universal belief, but the fact that the Free Law Movement of that time was considered highly radical for even suggesting that judges had and should have discretion, indirectly shows the rigid view of judging in the conventional thought of that day. (...) For Radbruch, perhaps the only way to make prescriptions for judicial decision-making palatable to his audience was to coat them in claims about the validity of individual norms*” (BIX, B. Radbruch's formula and conceptual analysis..., p. 56).

³⁸⁷ Cf., a propósito: GERBER, D. J. Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language. In: RILES, A. (Ed). *Rethinking the Masters of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2001, pp.190-208.

³⁸⁸ Tradução livre. No original: “*The principle of legal certainty requires that the norms of a legal system be as determinate as possible and that they be observed to the maximum degree possible*” (ALEXY, R. Legal certainty and correctness..., p. 441).

detalhe no conjunto da obra do autor, também é flácido, pois dependente de um conjunto infundável de referências de segunda ordem articulado em torno de termos sujeitos ao problema da carga emotiva da linguagem, como *justiça*³⁸⁹.

A segurança como coerência supera as dificuldades daí advindas, ao prescrever que a interpretação e a aplicação do Direito operem de modo tal que seu desfecho faça sentido no contexto das circunstâncias submetidas a apreciação e do Direito vigente em seu espaço-tempo. Mais: malgrado assuma que o significado pode ser determinado, não reivindica a determinabilidade ou definitividade das conclusões a que conduz, pois tem a derrotabilidade como pressuposto. Segurança, portanto, não é um *prius* à consideração da justiça da decisão (qualquer que seja o sentido atribuído a isto), mas um *posterius*. Ela não é dada, mas se constrói segundo as razões empregadas na justificação de tal ou qual decisão jurídica. E é assim, pela reiterada observância da coerência, que assegura cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade ao Direito vigente³⁹⁰.

Em terceiro lugar, a apregoada tensão entre segurança jurídica e justiça não é uma consequência da conexão necessária entre os domínios do Direito e da Moral. Antes, exprime uma possível articulação de concepções jurídicas, as quais podem coincidir, em suas expressões linguísticas, com concepções morais³⁹¹. Isto se deve àquilo que Poscher alcunha de *qualidade de Midas* do

³⁸⁹ É bastante conhecida, neste ponto, a afirmação de Ross, no sentido de que falar em justiça é como dar um golpe sobre a mesa – cf. ROSS, A. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro Carró. Buenos Aires: EUDEBA, 1963, p. 267.

³⁹⁰ E linha um pouco diversa, Couto e Silva explicita, no contexto do Direito brasileiro, que: “Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça. Parece-me, pois, que as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica, fora do mundo platônico das ideias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos” (COUTO E SILVA, A. *Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. In: COUTO E SILVA, A. *Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 21).

³⁹¹ Apontamento semelhante é colhido de MacCormick, especificamente no que toca a expressões centrais ao Direito e à política, como a de *Estado soberano*. Diz o autor: “A noção de um Estado soberano é, a primeira vista, uma criatura com rosto de Jânus. Ela se equilibra sobre os limites do político e, também, do jurídico. É um conceito político-jurídico, ou melhor, dois conceitos, um político e um jurídico. (...) Nós precisamos de concepções que tornem claro que conquanto política e Direito se relacionem proximamente, política não é Direito e Direito não é política”. Tradução livre. No original: “*The notion of a sovereign state is at first view janus-faced. It hovers on the edge of the political and yet also on the edge of the legal. Is it a politico-legal concept, or rather two concepts, one a political one and one a legal one. (...) We need conceptions*”

Direito. Este argumento parte dos *conceitos essencialmente contestados* de Gallie³⁹², que admitem desacordos razoáveis e desafiam tentativas de formulação conceitual. Relativamente a eles, caberia falar em *concepções*, não em *conceitos*³⁹³.

Segundo Poscher, o Direito desenvolve suas próprias concepções de conceitos que compartilha com outras disciplinas, o que seria natural, dadas as diferentes exigências de práticas distintas. Deste modo: “exatamente como tudo em que Midas tocava se tornava ouro, todo conceito incorporado pelo Direito se torna um conceito jurídico, no sentido de que uma concepção específica para o Direito tem que ser adotada”³⁹⁴. Esta incorporação opera não apenas em função do *pedigree* das agências de aplicação do Direito, mas sobretudo da autoridade das razões invocadas na justificação de soluções à luz do Direito. Isto permite uma expansão da noção de fonte do Direito, compatível com a segurança como coerência, a admitir, particularmente, a normatividade das teorias jurídicas:

a versão particular de pós-positivismo advogada por MacCormick (...) conduz a uma concepção mais promissora, pois ela não aceita a estrita separação positivista entre o direito tal como ele é e o direito tal como ele deve ser, e nem muito menos aceita a distinção entre teorias do direito e teorias da decisão. Ademais, e talvez ainda mais fundamentalmente, ela rejeita a concepção de que as fontes do direito são exaustivas e suficientes para determinar o conteúdo das regras jurídicas.

O direito é visualizado como uma prática interpretativa em que o sentido das suas normas é gradualmente construído, ao invés [sic] de descoberto pela simples observação dos fenômenos empíricos³⁹⁵.

that make it clear that although politics and law relate closely, politics are not law and law is not politics.” (MACCORMICK, N. *Beyond the sovereign state...*, p. 11).

³⁹² Isto é: daqueles “conceitos cujo uso adequado inevitavelmente envolve disputas intermináveis sobre seus usos adequados por parte de seus usuários”. Tradução livre. No original: “*concepts the proper use of which inevitably involves endless disputed about their proper uses on the part of their users*” (GALLIE, W. B. *Essentially contested concepts. Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 56, pp. 167-198, 1955-1956, p. 169).

³⁹³ I.e.: em instâncias particulares ou realizações (concepções) de noções ideais e abstratas (conceitos). Cf. GALLIE, W. B. *Essentially contested concepts...*, *passim*.

³⁹⁴ Tradução livre. No original: “*Just as whatever Midas touched turned into gold, any concept taken up by the law turns into a legal concept, in the sense that a conception specific to the law has to be adopted*” (POSCHER, R. *The hand of Midas: when concepts turn legal, or deflating the Hart-Dworkin debate*. In: HAGE, J. e PFORDTEN, D. (Orgs.). *Concepts in Law*. Dordrecht: Springer, 2009, p. 103).

³⁹⁵ BUSTAMANTE, T. R. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 106, pp. 263-313, jan./jun. de 2013, p. 274.

Portanto, as concepções de segurança e de justiça, tomadas como razões justificatórias da interpretação jurídica, embora possam ter correspondentes em diferentes moralidades, são concepções jurídicas. Via de consequência, trata-se de um problema interno ao Direito; não de uma tensão entre Direito e Moral, haurida de uma necessária conexão³⁹⁶.

A postura da questão nos lindes do Direito implica que a decisão jurídica, para ser coerente, precisa fazer sentido dentro da totalidade do Direito, independentemente de qualquer critério externo de legitimação confiado a um intérprete autorizado da Moral (ou, o que é mais preciso, de determinada moralidade). Permite evitar, pois e a um só tempo, dois riscos: (i) o de que alguém (ou algum grupo) se arrogue a prerrogativa de criar (e impor) o Direito³⁹⁷; e (ii) “o da substituição de um direito de raiz democrática por um outro baseado em normas pretensamente naturais, imposta pela própria natureza das relações humanas”³⁹⁸.

Ainda, a acolhida da qualidade de Midas do Direito não é incompatível com a segurança como coerência, pois decorre da estrutura das práticas institucionais e doutrinárias do Direito, “as quais desenvolvem métodos, padrões doutrinários e instituições que estabelecem os parâmetros para concepções

³⁹⁶ Aqui há pequena dissonância entre a tese ora desenvolvida e a Teoria de MacCormick (sobretudo do último MacCormick), que faz concessões à conexão entre Direito e Moral (embora de uma moral relativa), e admite leituras que o aproximam de Dworkin (cf. COSTERBOSA, M. L. Some reflections of the relationship between Law and Morality – Neil MacCormick’s point of view. In: MENÉNDEZ, A. J. e FOSSUM, J. E. (Eds.). *Law and Democracy in Neil MacCormick’s Legal and Political Theory...*, *passim*). O estabelecimento da qualidade de Midas do Direito como quadro de referência, todavia, não implica uma necessária ruptura com a influência de MacCormick, pois admite que um Direito indiferente à moralidade possa ser absurdo; apenas circunscreve esta problemática ao âmbito jurídico, pelas razões destrinchadas *supra*.

³⁹⁷ A preocupação é externada por Peces-Barba, ao imbricar a segurança jurídica em uma concepção de Direito como ordenamento: uma mirada particularista situaria “a segurança jurídica em uma ordem ideal de justiça, que o preclaro intérprete aplica ao caso concreto, como sacerdote privilegiado desta ordem inefável”. Tradução livre. No original: “*la seguridad jurídica en un orden ideal de justicia, que el preclaro intérprete aplica al caso concreto, como sacerdote privilegiado de ese orden inefable*” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho...*, p. 229).

³⁹⁸ HESPANHA, A. M. *O Caleidoscópio do Direito...*, pp. 95-96. Nesta singra, é oportuna a afirmação de Luzzati, no sentido de que “não há nada pior que uma moral que se converte em obrigatória pela Lei”. Tradução livre. No original: “*no hay nada peor que una moral que se convierte en obligatoria por la ley*” (LUZZATI, C. *El principio de autoridad y la autoridad de los principios...*, p. 69).

jurídicas”³⁹⁹. Ou seja: as quais se inserem no conjunto de posições com que a decisão jurídica deverá ser coerente. Daí porque, mesmo o afastamento de pronunciamentos interpretativos *absurdos* se traduz como a leitura do Direito “de forma que gere injustiça em relação a um princípio de justiça juridicamente reconhecido”⁴⁰⁰. A questão é, pois e parafraseando MacCormick, *fazer justiça conforme o Direito; não Direito conforme a justiça*⁴⁰¹.

Em quarto lugar, a existência de um objeto da Teoria dos Princípios é alvo de acirradas disputas no debate contemporâneo. Tanto é assim ela passou por sucessivas reformulações diante de críticas advindas de seus adversários⁴⁰² e de alguns de seus proponentes, as quais revelaram, por exemplo, que *mandados de otimização* têm a mesma estrutura das regras⁴⁰³. Em meio ao fogo cruzado, Alexy tem sustentado a não menos disputada alternativa de que princípios são *deveres ideais (ideale Sollen)*⁴⁰⁴, os quais exprimiriam *mandados a serem otimizados (Geboten zu optimieren)* por meio da aplicação das regras

³⁹⁹ Tradução livre. No original: “institutional and doctrinal practice of law, which develops methods, doctrinal standards, and institutions that set the parameters for legal conceptions” (POSCHER, R. The hand of Midas: when concepts turn legal, or deflating the Hart-Dworkin debate..., p. 108).

⁴⁰⁰ Tradução livre. No original: “de forma que genere injusticia en relación con un principio de justicia jurídicamente reconocido” (MACCORMICK, N. Argumentación e interpretación em el Derecho. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, n. 33, pp. 65-78, 2010, p. 76).

⁴⁰¹ Diz MacCormick: “os juízes devem, de fato, fazer justiça, mas ‘justiça de acordo com a lei’. Isso não significa, na verdade não pode significar, que os juízes devam decidir casos exclusivamente de um modo justificável por simples dedução a partir de normas jurídicas de caráter compulsório. Por outro lado, não pode significar que eles sejam deixados à vontade para seguir suas próprias intuições do senso comum e da utilidade da justiça, livres de todas as limitações. A área de alcance de sua liberdade, poder e, na realidade, deve de buscar soluções justificáveis por meio de uma avaliação em termos consequencialistas das necessidades do caso genérico, é limitada pela exigência de que demonstrem algum fundamento jurídico para o que fazem” (MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. Tradução de: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 215). Grau vai ainda mais longe, para proclamar: “é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça!* (...) Explicando: os juízes decidem (= devem decidir) não *subjetivamente*, de acordo com seu senso de justiça, mas aplicando o *direito* (a Constituição e as leis). Isso não significa que cada decisão seja matematicamente previsível, pois – além de o direito ser uma prudência – *a lei é abstrata e geral*, devendo ser interpretada e aplicada a cada caso” (GRAU, E. *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*..., p.21).

⁴⁰² Cf., e.g., POSCHER, R. Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand. *Rechtswissenschaft*, n. 4, pp. 349-372, 2010.

⁴⁰³ Cf., e.g., SIECKMANN, J. R. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990, p. 65.

⁴⁰⁴ Esta discussão é delineada em SIECKMANN, J. E. Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien. In: KOCH, H. e NEUMANN, U. (Coords.). *Praktische vernunft und Rechtsanwendung*..., pp. 207 e ss. V., também: SIECKMANN, J. R. Prinzipien, ideale Sollen und normative Argumente. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Stuttgart, v. 97, n. 2, pp. 178-197, 2011, pp. 180 e ss.

de otimização. Apesar de seus esforços, Poscher já demonstrou as inconsistências dessa nova mirada:

Para começar, não é certa a tese de Alexy de que os mandados de otimização, na forma por ele proposta, possam ser reconstruídos com ajuda de um dever ideal. A reconstrução por ele sugerida não reproduz os mandados de otimização que deve reconstruir, mas induz a mandados de otimização que não apenas são irrelevantes desde uma perspectiva prática, como também não podem aclarar de modo algum a relação que deve se estabelecer entre um 'dever ideal' e os mandados de otimização de que trata a Teoria dos Princípios⁴⁰⁵.

Admitir como dada uma tensão entre segurança jurídica e justiça, sem o cuidado de precisar o sentido em que se empregam essas expressões, com referência a um cabedal teórico que se convulsiona para delimitar (e justificar) seu objeto é, no mínimo, desaconselhável. Mais ainda pelo caráter bastante enviesado da própria ideia de ponderação, que, a pretexto de superar a predominância da subsunção necessária à aplicação das regras pela ponderação inerente aos princípios, ao final conduz à aplicação de regras. Por outras palavras: sob os auspícios da superação da mecânica do formalismo, a ela regressa, “posto que com as regras, segundo Alexy e não segundo muitos positivistas do século XX, há apenas um ‘tudo ou nada’, e se só se aplicam regras ratificadas pelos princípios ao fim e ao cabo, então tudo caberia no ‘tudo ou nada’”⁴⁰⁶. A própria ideia de uma fórmula matemática para asserção do peso e determinação da prevalência de um ou outro princípio colidente – sem falar no caráter arbitrário e incontrolável da atribuição de um valor numérico a cada

⁴⁰⁵ Tradução livre. No original: “Bereits Alexys These, dass sich Optimierungsgebote in der von ihm vorgeschlagenen Form mithilfe eines idealen Sollens rekonstruieren lassen, trifft nicht zu. Die von ihm vorgeschlagene Rekonstruktion bildet die Optimierungsgebote, die sie rekonstruieren soll, nicht ab, sondern führt zu Optimierungsgeboten, die nicht nur weitgehend praktisch irrelevant sind, sondern auch in keiner Weise erhellen können, in welchem Zusammenhang ein ‚ideales Sollen‘ mit den Optimierungsgeboten stehen soll, um die es der Prinzipientheorie geht.” (POSCHER, R. *Theorie eines Phantoms...*, p. 362).

⁴⁰⁶ BOTERO, A. Crítica da concepção de sistema jurídico e razão prática de Robert Alexy. In: BOTERO, A. *Estudos de História e Filosofia do Direito*. Tradução de: Aberto K. Arbex, André K. Trindade, Danielle Regina W. de Araújo, Francisco Codorniz e Gilberto M. de Almeida. Curitiba: Juruá, 2013, p. 196.

variável da fórmula – é questionável e não corresponde à realidade das tomadas de decisão⁴⁰⁷.

É dizer: a oposição entre segurança jurídica e justiça é ilusória por motivos de imprecisão dos signos linguísticos utilizados em sua delimitação, da confusão entre conceitos (absolutos) e concepções (relativas a determinados saberes), e de impropriedades que dificultam o controle das variáveis consideradas no processo de tomada de decisão sobre a prevalência de um ou outro princípio.

A segurança como coerência contém elementos de justiça articuláveis segundo os princípios integrantes do conjunto de posições em cujo contexto se dá a justificação. Tais elementos correspondem a concepções de justiça assimiladas pelo Direito; a concepções jurídicas, portanto, de um conceito essencialmente contestado. O que derroga uma norma jurídica entendida como extremamente injusta não é sua extrema injustiça em sentido moral, mas sua incompatibilidade (i.e.: incoerência) com o Direito vigente⁴⁰⁸. O não-Direito se define em relação ao Direito. E o rechaço de uma perspectiva *valorativa* (i.e.: que incorpora valores extraídos de uma dada moralidade como critério de validade do Direito), ao contrário do que insinua Rüthers, não conduz a um Direito sem valor e refém do poder⁴⁰⁹. Antes, é precisamente isto que esta

⁴⁰⁷ Outra não é a opinião de MacCormick: “Parece melhor, por ora, pausar e lançar dúvidas sobre todo projeto de ‘mensuração’ e ideias relativas a ‘força’ e ‘peso’. Deliberações de verdade parecem ser diferentes deste tipo de exercício”. Tradução livre. No original: “*It seems better for the moment to pause and cast doubt on the whole ‘measurement’ Project and the ideas advanced about ‘strength’ and ‘weight’. Real deliberation seems to be different from this kind of exercise*” (MACCORMICK, N. *Practical reason in Law and Morality*..., p. 38). V., também: LUZZATI, C. *El principio de autoridade y la autoridad de los principios*..., pp. 142-143 e 187-189.

⁴⁰⁸ Um argumento semelhante, especificamente relacionado à temática da situação dos judeus sob o Direito da Alemanha nazista, é desenvolvido em FRÄNBERG, Å. *From Rechtsstaat to universal law-state*..., p. 127.

⁴⁰⁹ No posfácio à sexta edição da célebre *Die unbegrenzte Auslegung*, o autor alemão registra que: “Uma ordem jurídica, uma ciência jurídica e uma justiça inconscientes de sua inderrogável ancoragem em uma ordem material de valores estabelecida sobre uma base permanente, tornam-se instrumentos de manipulação a serviço de todo detentor do poder. Um suposto Direito livre de valores, uma dogmática livre de valores e uma justiça livre de valores (‘objetiva’) são, como mostram as experiências históricas, como flâmulas ao vento do *Zeitgeist*. Se fossem verdadeiramente livre de valores, então seriam simplesmente sem-valor”. Tradução livre. No original: “*Eine Rechtsordnung, eine Rechtswissenschaft und eine Justiz, welche sich ihrer unlösbaren Verankerung in einer auf Dauer angelegten materialen Wertordnung nicht bewußt sind, werden zum beliebigen Manipulationsinstrument im Dienste der jeweiligen Machthaber. Vermeintlich wertfreies Recht, wertfreie Jurisprudenz und wertfreie (‘objektive’) Justiz sing nach den historischen Erfahrungen wie Fahnen im Wind des Zeitgeistes. Wären sie wirklich wertfrei, so wären sie buchstäblich wert-los*” (RÜTHERS, B. *Die unbegrenzte Auslegung*. 6ª Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 499).

perspectiva combate, ao viabilizar controlabilidade e confiabilidade com referência a elementos normativos de conformação democrática – i.e.: aos componentes normativos da aborgadem ao Direito no Estado Constitucional. A oposição é, então, um falso problema⁴¹⁰.

2.3 INDETERMINAÇÃO DELIBERADA: UMA POSSIBILIDADE (NÃO UM PROBLEMA) PARA A SEGURANÇA JURÍDICA

A indeterminação da linguagem é reputada como a causa da inevitabilidade da insegurança no Direito⁴¹¹. Isto se verifica com muita clareza entre alguns dos grandes expoentes da Teoria do Direito do Século XX e entre a generalidade da comunidade jurídica brasileira.

Isto se revela, de modo bastante sensível, pela redação do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei 13.655/2018, o qual prescreve que “*Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”⁴¹². O diploma legal que inovou a vetusta

⁴¹⁰ Embora partindo de uma leitura diferente do problema (mais simpática à ancoragem do Direito em uma ordem objetiva de valores), Arnauld alcança conclusão semelhante: “A justa ordenação fundamental de uma comunidade contribui inicialmente para a segurança jurídica, pois promove a aceitação da ordem jurídica desta comunidade. Malgrado a leis individuais possam ser consideradas indiferentes à justiça ou fracamente injustas, elas gozam de apoio geral da comunidade, e, assim estabilizadas, podem servir de orientação, como o Direito que fermenta em um Estado”. Tradução livre. No original: “*Die gerechte Grundordnung eines Gemeinwesens trägt zunächst zur Rechtssicherheit dadurch, dass sie die Akzeptanz der Rechtsordnung eines solchen Gemeinwesens fördert. Auch wenn die einzelne Rechtsvorschrift als gerechtigkeitsindifferent oder schwach ungerecht empfunden wird, genießt das Recht generellen Rückhalt in der Bevölkerung und kann, solchermaßen sozial stabilisiert, eher der Orientierung dienen als das Recht in einem Staat, in dem es gärt.*” (ARNAULD, A. *Rechtssicherheit...*, p. 658).

⁴¹¹ Rodriguez testemunha que: “Nesse registro teórico a segurança jurídica tem sido pensada como a existência de respostas únicas e unívocas para os problemas jurídicos apresentados diante do poder judiciário. A demanda por respostas deste tipo está ligada a uma estratégia legislativa que privilegia a edição de textos normativos fechados em detrimento de textos normativos abertos. Afinal, os primeiros seriam supostamente capazes de conter o intérprete induzindo-o a adotar raciocínios textualistas.” (RODRIGUEZ, J. R. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade judicial e escolhas legislativas. *Analisi e Diritto*, pp. 129-152, 2012, p. 129).

⁴¹² Previsão semelhante consta do texto do artigo 111 do Código Tributário Nacional: “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário; II – outorga de isenção; III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”.

redação da LINDB, aliás, traz, em sua súmula, compromisso expresso com a segurança jurídica – embora, ao prescrever que as decisões não devem se embasar em valores abstratos (o legislador, evidentemente, preocupava-se com formulações principiológicas e outros enunciados deliberadamente indeterminados) sem atenção a suas consequências práticas⁴¹³, tenha se circunscrito a uma absolutamente ultrapassada concepção de segurança formal (certeza jurídica)⁴¹⁴.

Na Teoria do Direito, Schauer, por exemplo, ao explicar seu modelo de regras, giza a pertinência deste arquétipo à ideia mesma de Estado de Direito, na medida em que as regras, ao estreitarem o espectro de fatores a ser considerado pelos tomadores de decisão, limitam e constroem sua atuação, tornando-a impessoal e a-contextual⁴¹⁵. Na mesma linha, Raz não hesita em afirmar que:

Como os princípios prescrevem atos altamente inespecíficos, eles tendem a ser mais vagos e menos certos que as regras. Por outro lado, e pela mesma razão, eles são particularmente próprios à incorporação de objetivos e valores muito gerais ao Direito, ao passo que as regras são mais aptas a refletir considerações mais concretas as quais se aplicam a situações particulares. Uma vez que o Direito deve lutar para equilibrar certeza e confiabilidade, de um lado, e flexibilidade de outro, usar tantas regras quanto possível para regular comportamentos humanos é opção mais sábia de política jurídica, porque elas são mais certas que princípios e se inclinam mais facilmente a aplicação uniforme e previsível. É recomendável limitar o uso de princípios ao governo da criação e aplicação de regras, de modo a assegurar flexibilidade adequada às suas mudanças e a prevenir alguns de seus efeitos imprevisíveis e indesejáveis. (...) Já que no uso das regras a ênfase é a segurança, enquanto no uso dos

⁴¹³ A valorização do consequencialismo, no entanto, não é, ela mesma, deletéria. Sobretudo se conjugada a outras preocupações afetas às peculiaridades do Direito. Cf., a propósito: SALAMA, B. De que forma a economia ajuda o profissional e o estudioso do direito? *Economic Analysis of Law Review*. Brasília, a. 1, v. 1, n. 1, pp. 4-6, jan./jun. 2010.

⁴¹⁴ Por todos, diz Catalan acerca desta superação: “A ideia de segurança jurídica, no Estado Democrático de Direito, deve ser repensada, sendo inaceitável que continue escorada nos pilares do Estado Liberal (...). Segurança, sem dúvida, justiça e bem comum são importantes. Hoje, entretanto, aquela deve ser compreendida como segurança no Direito, e não, enquanto, segurança do direito. E não se trata de simples jogo de palavras. A mudança é visível, por exemplo, na força obrigatória do contrato, que deixa de estar escorada na liberdade negocial e só se mantém enquanto se mantiver o equilíbrio intrínseco no processo obrigacional” (CATALAN, M. J. *A morte da culpa na responsabilidade contratual...*, pp. 146-147).

⁴¹⁵ Cf. SCHAUER, F. Rules, the rule of law, and the constitution. *Constitutional commentary*, n. 352, pp. 69-85, 1989. [online]. Disponível na Internet via: <<https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1362&context=concomm>>. Última consulta em 21.01.2019; e SCHAUER, F. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 2002, pp. 230 e ss.

princípios, é a flexibilidade, é preferível aceitar métodos relativamente simples de resolução de conflitos entre regras que não contrarie a previsibilidade de sua aplicação. Razões semelhantes não se aplicam aos métodos para resolução de conflitos entre princípios⁴¹⁶.

Embora em contexto bastante diferente e com atenções voltadas ao Direito Privado, o clássico alerta de Hedemann sobre os perigos de enunciados deliberadamente indeterminados – no caso, as cláusulas gerais – acusa percepções semelhantes:

Mas com clareza dura e quase cruel, o outro lado das ambivalentes cláusulas gerais, à luz do domínio das observações históricas, está a revelar seus perigos. Estes se caracterizam por três palavras: *amolecimento* [do Direito e do pensamento jurídico], *insegurança* e *arbitrariedade*⁴¹⁷.

Esta ordem de considerações, mesmo antes do advento da Lei 13.655/2018, encontra vozes e ecos também na literatura jurídica brasileira, tanto em relação às cláusulas gerais quanto no pertinente às formulações principiológicas. Assim, malgrado haja uma disseminada postura celebratória à indeterminação deliberada, são expressivas as críticas que àquelas se colocam. É o caso do conhecido texto de Theodoro Junior sobre os perigos da *onda reformista* do Direito positivo, no qual o autor registra que:

⁴¹⁶ Tradução livre. No original: “*Principles, because they prescribe highly unspecific acts, tend to be more vague and less certain than rules. On the other hand, and for the same reason, they are particularly suitable for incorporating into the law very general goals and values, whereas rules are more apt to reflect more concrete considerations which apply to particular situations. Since the law should strive to balance certainty and reliability against flexibility, it is on the whole wise legal policy to use rules as much as possible for regulating human behavior because they are more certain than principles and lend themselves more easily to uniform and predictable application. It is on the whole advisable to limit the use of principles to govern the creation and application of rules in order to ensure adequate flexibility in changing them and to prevent some of their unforeseen and undesirable effects. (...) Since in the use of rules the premium should be on certainty, whereas in the use of principles the premium is on flexibility, it is wise to accept relatively simple methods of resolving conflicts between rules which will not detract from the predictability of their application. No similar reasons apply to the methods of resolving conflicts between principles*” (RAZ, J. Legal principles and the limits of law..., p. 842).

⁴¹⁷ Tradução livre. No original: “*Aber mit harter, fast grausamer Deutlichkeit drängt sich nun, gespeist aus dem Bereiche historischer Beobachtungen, die andere Seite dieser ‘zwiespältigen’ Generalklauseln auf, ihre Gefährlichkeit. Sie wird durch die der Worte Verweichlichung, Unsicherheit und Willkür gekennzeichnet*” (HEDEMANN, J. W. *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1933, p. 66).

Por simples modismo e, às vezes por comodismo, o legislador contemporâneo é levado à edição de normas incompletas e vagas, que importam em verdadeira delegação de poder normativo aos órgãos da administração e do judiciário. Não que se deve impedir a adoção de cláusulas gerais nos textos legislativos. Valores éticos, para serem incorporados ao Direito Positivo reclamam a observância dessa técnica. O abuso, contudo, do emprego constante e injustificado de cláusulas gerais pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social.

Há na deturpação dessa técnica uma tendência do parlamento de despojar-se, em boa parte, de sua competência legislativa, relegando ao Judiciário completar a tarefa normativa, sem que os indivíduos possam prever, com segurança jurídica, como o órgão aplicador da regra vaga irá colmatá-la. É necessário, logicamente, coibir esse tipo de abuso legislativo, para evitar que, de fato, o juiz se torne legislador; e o que é pior, legislador, *ex post facto*, pois a lei só será ditada em seu conteúdo completo e definitivo depois de consumado o fato sobre que irá incidir⁴¹⁸.

Enfim e propriamente na ambiência do Direito Civil, Penteado pondera a importância de enunciados indeterminados nas sociedades contemporâneas com o *passivo social e institucional* da imprevisibilidade. É que esta franquearia espaço a uma multiplicidade de soluções possíveis, o que, por consequência inflaria o poder discricionário do intérprete autêntico (na acepção Kelseniana)⁴¹⁹.

A preferência por enunciados normativos determinados, daí decorrente, efetivamente desloca o problema da indeterminação para a dimensão do imponderável. Assim é que a Teoria do Direito, ao menos desde Kelsen e Hart, já se disse, o vislumbra como uma contingência inevitável, arrostanda pela tese da discricionariedade. Esta saída, se já era de difícil aceitação em meio ao debate de meados do Século XX, hoje resultaria em uma deferência do Direito à bondade dos bons.

Isto porque uma ordem jurídica radicada em textos normativos deliberadamente indeterminados, à moda das democracias constitucionais contemporâneas, é estranha à acolhida da *discretion* (discricionariedade)

⁴¹⁸ THEODORO JUNIOR, H. A onda reformista do Direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, v. 1, n. 1, pp. 92-120, abr. 2006, p. 104.

⁴¹⁹ Cf. PENTEADO, L. C. Integração de contratos incompletos..., pp. 54, 78-84.

judicial⁴²⁰, mesmo com as ressalvas que Hart lhe imprime diante das críticas de Dworkin⁴²¹. Fosse diferente, tais textos normativos não conformariam ordem jurídica democrática, menos ainda constitucional – salvo se brutalmente elastecidas as noções de autoria e de sujeito constitucionais⁴²², bem assim se admitida uma aceção de democracia dissociada do princípio majoritário⁴²³. O mesmo se pode dizer em relação à versão kelseniana da tese: a decisão do caso não contemplado pelo Direito não se dá mediante um ato de vontade criativa, dentro de uma certa moldura, pois isto implicaria sua incontrollabilidade e prejudicaria a confiabilidade do Direito. Desde o prisma normativo, a tomada de decisão frente a enunciados indeterminados (sobretudo se deliberada a indeterminação) deve ser orientada pela exigência de *coerência* delimitada na seção precedente.

Não bastasse este componente interseccionado com a matriz democrática do Direito no Estado Constitucional, a própria crença de que enunciados determinados oferecem maior segurança que os intencionalmente

⁴²⁰ É o que crava Amaya: “O Positivismo Jurídico clássico constrói o Direito e o raciocínio jurídico com base em um ‘modelo de regras’, reduzindo, assim, o raciocínio jurídico à aplicação de regras e à justificação das derivações possíveis desde as regras aplicáveis. Nesta visão, quando regras deixam de oferecer orientação determinada, os juízes têm discricionariedade, pois as razões do Direito alcançam apenas até onde forem as regras. Em contraste, as teorias da coerência vindicam que há limitações ao que os juízes podem fazer nesses casos, nomeadamente limitações de coerência. O Direito não se esvai quando as regras jurídicas não dispõem sobre o caso, pois há razões de coerência pelas quais as decisões jurídicas podem ser justificadas. As Teorias da Coerência, portanto, visam a alargar o escopo de razoamento no Direito para além dos limites impostos pelo Positivismo Jurídico Clássico”. Tradução livre. No original: “*Classical legal positivism constructs law and legal reasoning on a ‘model of rules’, thereby reducing legal reasoning to rule-application and legal justification to derivability from the applicable rules. On this view, when rules fail to provide determinate guidance, judges enjoy discretion, as the reasons of law reach only as far as legal rules do. In contrast, coherence theories claim that there are constraints on what judges may do in these cases, namely, coherence constraints. The law does not run out when legal rules are not dispositive of the case, for there are reasons for coherence by which legal decisions may be justified. Thus, coherence theories aim at enlarging the scope of reason in law beyond the limits imposed by classical legal positivism.*” (AMAYA, A. *The tapestry of reason...*, p. 11).

⁴²¹ Cf. o pós-escrito de HART, H. L. A. *The concept of law...*

⁴²² O debate acerca desses tópicos é bastante acalorado nos Estados Unidos da América, particularmente em função do célebre início do preâmbulo de sua Constituição: “*We the People*”. Cf., a propósito: MICHELMAN, F. I. *Constitutional authorship*. In: ALEXANDER, L. *Constitutionalism: philosophical foundations*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1998, pp. 64-98.

⁴²³ Algumas preocupações próprias do dito constitucionalismo democrático, como a ascensão de uma espécie de Juristocracia, ou de um Estado Juristocrático, contam com interessante relato em: POKOL, B. *The juristocratic State: its victory and possibility of taming...*, 2017, especialmente pp. 65 e ss.

indeterminados perde sustentação frente ao contemporâneo^{424,425}. Isto, inclusive, no bojo de debates atinentes às codificações de finais do Século XX para cá, as quais são prenhes de enunciados indeterminados, justamente para que não se tornem velhas⁴²⁶, à moda do que ocorreu com as pretensiosas codificações nonocentistas⁴²⁷.

⁴²⁴ Há estudos que se estruturam em direção oposta, para empregar, com temperos, o ferramental analítico ao escrutínio de enunciados deliberadamente indeterminados, como a *função social do contrato*, que será examinada adiante. Eles, no entanto, assumem a indeterminação de outros enunciados normativos como prejudiciais à inteligência do sentido dos sintagmas que pretendem analisar. É o que se extrai de Haddad, o qual, no intento de explorar os usos e sentidos da função social do contrato a partir de Hart, MacCormick e Perelman, justifica o não-uso de aportes do chamado Direito Civil-Constitucional nos seguintes termos: “o objetivo último deste trabalho é o de auxiliar exercícios de razão prática que tenham por objeto deliberações sobre o que fazer e o que não fazer, no que se refere ao emprego da *função social do contrato* na linguagem do direito privado. Por essa ótica específica, a abstração, vagueza e generalidade das referências constitucionais sobre solidariedade, livre-iniciativa e dignidade da pessoa humana mais atrapalham do que ajudam. Elas abrem margem para um grande número de possibilidades de uso da função social do contrato, sem indicar qualquer critério prático que permita aferir a maior ou menos correção dessas várias possibilidades. (...) O papel da Constituição é o de estabelecer estes valores, mas ela não desce, nem poderia descer, à questão de *como* promove-los da decisão de casos concretos” (HADDAD, L. G. *Função social do contrato*: um ensaio sobre seus usos e sentidos. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 40-41).

⁴²⁵ A propósito, dizem Ost e Kerchove: “A extrema precisão na formulação de normas jurídicas tem a consequência lógica de congelar a lei em um impasse do qual só pode sair ao custo de constantes mudanças legislativas, bem como a adoção de critérios abrangentes de identificação das normas privam o direito de qualquer possibilidade de adaptação a situações de crise ou de uma novidade imprevisível. O desejo de excluir qualquer forma de redundância entre diferentes normas é tanto um fator de imprevisibilidade e um obstáculo à comunicação. (...) A integralidade de uma ordem jurídica, enfim, só pode ser espontaneamente atingida se excluída a possibilidade de resolver antecipadamente qualquer questão jurídica imprevisível ou simplesmente. A aceitação incondicional e a manutenção duradoura de tais disfunções dificultaria a garantia da sobrevivência de um ordenamento jurídico”. Tradução livre. No original: “*L’extrême précision dans la formulation des normes juridiques a pour conséquence logique de figer le droit dans un immobilisme dont il ne peut sortir qu’au prix de modifications législatives constantes, de même que l’adoption de critères exhaustifs d’identification des normes prive le droit de toute possibilité d’adaptation à des situations de crise ou d’une imprévisibilité nouveauté. La volonté d’écarter toute forme de redondance entre différentes normes constitue à la fois un facteur d’imprévisibilité et un obstacle à la communication. (...) La complétude d’un ordre juridique, enfin, ne peut être spontanément réalisée qu’en excluant la possibilité de résoudre toute question juridique imprévisible ou même simplement imprévue. L’acceptation inconditionnelle et le maintien durable de tels dysfonctionnements permettraient difficilement à un ordre juridique d’assurer sa survie*” (OST, F. e KERCHOVE, M. *Le système juridique entre ordre et désordre...*, p. 239).

⁴²⁶ Para além do já mencionado entendimento da Crítica Hermenêutica do Direito neste sentido, estudiosos do Direito Civil (particularmente das codificações civis) que um excesso de regras tem custos devastadores para a salubridade do Direito, tanto desde a ótica do Estado quanto da dos cidadãos – v. PEDRÓN, A. P. Prólogo. In: CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES. *Seguridad jurídica y codificación...*, p. 9.

⁴²⁷ A vocação dos Códigos da primeira Codificação à perpetuidade é retratada pela conhecida afirmação atribuída a Napoleão Bonaparte: “Minha glória não é ter vencido quarenta batalhas (...), Waterloo apagará a memória de tantas vitórias: é como o último ato que nos faz esquecer dos primeiros. Mas o que não vai se apagar, o que viverá para sempre, é meu Código Civil”. Tradução livre. No original: “*Ma gloire n’est pas d’avoir gagné quarante batailles (...). Waterloo*

Ela é, ademais, tijolo por tijolo, desconstruída por Braithwaite, o qual demonstra que esta vantagem dos enunciados pretensamente determinados é circunscrita apenas à disciplina de ações relativamente simples, estáveis e indiferentes a grandes interesses econômicos. Nas demais searas da vida jurídica de uma comunidade, timbradas pela complexidade e pela inter-relação de interesses econômicos, são os enunciados intencionalmente indeterminados que trazem maior segurança. É que a indeterminação contingencial arrostada pelos Positivismos (o problema da *penumbra*) é diretamente proporcional à complexidade do fenômeno sujeito a regulação – e não é raro que a penumbra engula o próprio núcleo de certeza positiva do enunciado, implodindo por completo sua pretensa determinação. E este sequer pode se pretender o único problema relacionado a segurança e indeterminação, pois grandes *players* frequentemente buscam incrementar zonas de penumbra, com vistas a evitar sujeição a determinadas normativas e sanções:

Este problema se multiplica à medida em que o Estado edita mais e mais regras para fechar os *loopholes* abertos por agentes econômicos. O emaranhado de regras daí resultante se torna um conjunto de sinais que mostram àqueles exatamente o que devem fazer para contornar ou superar os propósitos do Direito (...). Uma grande quantidade de regras deflagra uma cultura legislativa de gato e rato – de fechamentos de *loopholes* e de suas sucessivas aberturas mediante *compliance* criativo. Ademais, isso deflagra uma forma de insegurança jurídica estruturalmente não-igualitária. O Direito assim produzido se torna tão complexo que pessoas com menos recursos e que não conseguem custear uma boa orientação jurídica não o conseguem entender⁴²⁸.

effacera le souvenir de tant de victoires: c'est cornme le dernier acte qui fait oublier les premiers. Mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement c'est mon code civil" (MONTHOLON, C. T. Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène. *Apud*: RIVERA, R. M. Uma breve revisión histórica del *Code Napoléon*: solemne avenencia entre revolución y tradición. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 9, pp. 149-178, out. 2016, p. 149).

⁴²⁸ Tradução livre. No original: "This problem multiplies as the state enacts more and more rules to plug loopholes opened up by legal entrepreneurs. The thicket of rules we end up with becomes a set of sign-posts that show the legal entrepreneur precisely what they have to steer around to defeat the purposes of the law. (...) A smorgasbord of rules engenders a cat and mouse legal drafting culture – of loophole closing and reopening by creative compliance. Moreover it engenders a structurally inegalitarian form of uncertainty. The law thus engendered becomes so complex that little people who cannot afford sophisticated legal advice cannot understand it" (BRAITHWAITE, J. Rules and principles: a theory of legal certainty. *Australian Journal of Legal Philosophy*, n. 27, pp. 42-82, 2002, pp. 56-57). Na mesma linha, cf. BLACK, J. *Rules and regulators...*, pp. 216-218.

Rodriguez, nesta mesma toada, registra não ser novidade que “mesmo diante de textos normativos fechados os juízes encontram espaços para criar interpretações com fundamento em justificativas que extrapolam a interpretação meramente literal dos mesmos [sic]”⁴²⁹. A proliferação de enunciados pretensamente determinados, destarte, não é um limite ao arbítrio, mas um reforço a ele⁴³⁰ – o que é, embora por outras vias, também identificado por Streck e pelos adeptos da Crítica Hermenêutica do Direito⁴³¹.

Os enunciados deliberadamente indeterminados, então, aparecem como alternativa. Ou, mais propriamente, como um ingrediente fundamental da segurança jurídica (possível). Daí decorre que para o regramento de temas complexos, cambiantes e sujeitos à influência de imprevisíveis combinações de fatores, como a generalidade das relações entre particulares, a estratégia normativa tendencialmente ótima deve buscar a conjugação de enunciados indeterminados vinculantes e enunciados determinados não imediatamente vinculantes (i.e.: que admitem afastamento *ab initio*). A propósito:

com fenômenos complexos e variáveis, em relação aos quais a integridade das regras é constantemente desafiada pelo jogo jurídico de agentes ricos e manipuladores de regras, não há muita escolha senão optar pela sabedoria de decidir quais regras devem ser consideradas mais estritas que outras. Isto significa que princípios exequíveis que oferecem razões pelas quais nós devemos resistir a quebrar regras que devem ser mais estritas, bem assim razões para excepcioná-las quando necessário para resguardar o princípio que lhes subjaz [i.e.: são de fundamental importância para realizar as vantagens que os positivistas atribuem às regras]⁴³².

Estas percepções, aliás, já foram antecipadas por MacCormick, que, ao vincar a derrotabilidade à pragmática do Direito, demonstra que mesmo as mais

⁴²⁹ RODRIGUEZ, J. R. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade judicial e escolhas legislativas..., p. 130.

⁴³⁰ Cf. BRAITHWAITE, J. Rules and principles: a theory of legal certainty..., p. 64.

⁴³¹ V. STRECK, L. L. Hermenêutica e jurisdição constitucional: o problema da discricionariedade nas teses neoconstitucionalistas. In: MIRANDA, J., BOLZAN DE MORAIS, J. L., RODRIGUES, S. T. e MARTÍN, N. B. (Coords). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais...*, passim, e SILVA, A. F. e RODRIGUES, S. T. Diálogos entre a Hermenêutica Filosófica e o Neoconstitucionalismo: entre arbítrios e correções. MIRANDA, J., BOLZAN DE MORAIS, J. L., RODRIGUES, S. T. e MARTÍN, N. B. (Coords). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais...*, passim.

⁴³² BRAITHWAITE, J. Rules and principles: a theory of legal certainty..., p. 70.

precisas formulações de regra não vão além de estabelecer “condições ‘ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes’”⁴³³ para sua aplicação. Formulações principiológicas de fundo, assim, interagem com enunciados pretensamente mais determinados, quer para lhes suportar, quer para, justificadamente (i.e.: coerentemente), lhes derrotar⁴³⁴ – o que revela o caráter também desconstrutivo dos princípios⁴³⁵. É dizer, com Perlingieri (embora sem subscrever à perspectiva axiológica por ele sustentada): “regras não se aplicam como componentes atomísticos de um sistema, mas são sempre lidas e interpretadas em conjunto com outros. (...) Nenhuma norma, mesmo se expressada numa regra a em relação a uma situação fática, pode ser aplicada segundo a lógica do tudo-ou-nada”⁴³⁶. Sendo assim, a diferença ontológica e estrutural entre regras e princípios (ou melhor: entre enunciados determinados e indeterminados) perde sentido. A crença nas vantagens *tout court* de enunciados normativos determinados é, por consequência, infundada.

Isto foi demonstrado por Braithwaite a partir de estudo empírico que comparou as normativas disciplinadoras de casas de repouso na Austrália e nos Estados Unidos da América. Segundo suas observações, o modelo regulatório australiano, articulado em um número bastante limitado de previsões genéricas sobre o objeto de regulação, apresenta vantagens bastante significativas em termos de segurança e de satisfação das casas de repouso às exigências normativas, relativamente ao modelo estadunidense, continente de um número infundável de *regras*. Após explicação sumária das aproximações e contrastes entre os dois modelos, bem como da ênfase ao sucesso das casas de repouso australianas em atender (*comply*) às regulações, Braithwaite afirma:

O paradoxo da consistência [maior entre os resultados observados no contexto australiano que no estadunidense, apesar da menor determinação dos enunciados normativos tomados por referência] é ladeado pelo da *discretion*. Legisladores, na errônea crença de que isso diminui a *discretion* dos fiscais, produzem mais e mais textos

⁴³³ MACCORMICK, N. *Retórica e Estado de Direito...*, p. 311.

⁴³⁴ Cf. MACCORMICK, N. *Retórica e Estado de Direito...*, p. 313.

⁴³⁵ V. LUZZATI, C. El principio de autoridad y la autoridad de los principios..., p. 32.

⁴³⁶ Tradução livre. No original: “rules do not apply as atomistic components of a system, but are always read and interpreted in conjunction with others (...). no norm, even if expressed with a rule and in relation to a specific factual situation, can be applied on an all-or-nothing basis.” (PERLINGIERI, P. Legal principles and values..., p. 130).

normativos específicos. Mas o oposto é que é verdadeiro: tanto maior a *discretion* dos agentes para preparar um coquetel de normas que atenda seus próprios interesses quanto maior a quantidade de normas disponíveis. A proliferação de normas mais específicas é um recurso para aumentar a *discretion*, não para a limitar. A singularidade de um número mais restrito de normas bastante amplas está, portanto, no fato de que permite desenhar um processo regulatório que assegure a observância de tais normativas na execução do processo de coleta de informações e de inspeções⁴³⁷.

A razão para tanto está, segundo o autor australiano, no fato de que enunciados intencionalmente indeterminados são mais simpáticos à discussão necessária para superar problemas de inobservância das normativas em vigor que um grande conjunto de regras⁴³⁸. Sem embargo dos ganhos em termos de segurança jurídica – o que exige, como critério de averiguação da decisão jurídica, *coerência* com o Direito vigente –, os enunciados normativos (deliberadamente) indeterminados representam oportunidade para o aprofundamento de práticas deliberativas⁴³⁹ salutareis ao regime democrático. Isto na precisa medida em que os cidadãos devem ter condições de arguir razões contrárias a cada justificação, em exercício autêntico de cidadania, o que consubstancia o cerne do *case* pela indeterminação normativa⁴⁴⁰: “normas jurídicas se sujeitam a interpretações razoavelmente discutíveis e cidadãos devem ter condições de contestar não a leitura que agentes oficiais fazem do Direito, como também a relevância do material jurídico citado como justificação”⁴⁴¹.

⁴³⁷ Tradução livre. No original: “*hand in hand with a paradox of consistency is a paradox of discretion. Lawmakers, in the misplaced belief that this narrows the discretion of inspectors, write more and more specific standards. The opposite is truth: the larger the smorgasbord of standards, the greater the discretion of regulators to pick and choose an enforcement cocktail tailored to meet their own objective. A proliferation of more specific laws is a resource to expand discretion, not a limitation upon it. The beauty of a small number of broad standards is therefore that one can design a regulatory process that ensures that the ticking of a met rating means that a proper process of information-gathering and inspection team deliberation has occurred on that standard*” (BRAITHWAITE, J. Rules and principles: a theory of legal certainty..., p. 64).

⁴³⁸ Cf. BRAITHWAITE, J. Rules and principles: a theory of legal certainty..., p. 77.

⁴³⁹ Cf. POSCHER, R. An intentionalist account of vagueness..., p. 88.

⁴⁴⁰ Cf. BLACK, J. Rules and regulators..., pp. 33 e 36.

⁴⁴¹ Tradução livre. No original: “*rules are subject to reasonably arguable interpretations and citizens should be able to contest not only public officials’ reading of the law, but also the relevance of the legal material cited as a justification*” (COHEN, M. The rule of law as the rule of reasons..., p. 7).

Este tema, que acaba por transcender os propósitos do presente trabalho, corta as preocupações de estudiosos contemporâneos de diversos matizes e origens⁴⁴² – o que, de *per se*, confirma a pertinência, a atualidade e a transversalidade do tópico aqui enfrentado.

Por outro ângulo, que enfatiza a resiliência de soluções legislativas segundo a conjugação de seu perfil não-casuístico à abertura a oportunidades de interpretação e melhoramento pela via dogmática, Zimmermann crava:

O BGB as vezes oferece pouco mais que marcos conceituais para o desenvolvimento da doutrina. As regras nele contidas usualmente ostentam considerável nível de abstração, tanto no que concerne à forma quanto no tocante à substância. Ao contrário do Código Prussiano (...), o BGB, de modo geral, não pretende regular cada situação individual cotidiana cuidadosa e detalhadamente, mas disponibiliza um conjunto de regras e conceitos que são aplicáveis a uma grande variedade de problemas – muitos dos quais não poderiam ter sido antecipados pelos redatores do Código. Não é surpreendente que o BGB tenha vindo a ser considerado antiquado sempre que esta técnica não tenha sido aplicada⁴⁴³.

A resiliência e a durabilidade do Código Civil Alemão, à moda do constatado por Braithwaite no estudo supracitado, é tributária precisamente da não adesão à técnica regulamentar – ao menos no tocante às temáticas mais instáveis e complexas disciplinadas pelo BGB. Apesar dos ecos de vozes avessas à clausura que a codificação implicaria ao Direito Alemão⁴⁴⁴, é em parte graças à indeterminação normativa deliberada que se pode tomar o Código (e o

⁴⁴² Cf., por exemplo, os argumentos de Gargarella acerca da necessidade de ingressar na *sala de máquinas* das Constituições (em especial latino-americanas), para superar o fracasso de reformas centradas na enunciação de direitos protegidos, mediante reconsideração de modos de organização política (e, em especial, de participação democrática): GARGARELLA, R. Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latino-americano. *Anacronismo e irrupción*: revista de Teoría y Filosofía Política clásica y moderna, v. 3, n. 4, pp. 245-257, mai-nov. 2013, especialmente pp. 253 e ss.

⁴⁴³ Tradução livre. No original: “*The BGB sometimes provides hardly more than the conceptual signposts for the development of legal doctrine. The rules contained in it usually attain a considerable level of abstraction, both as far as form and substance are concerned. Contrary to the Prussian Code (...) the BGB predominantly does not attempt to provide a careful and detailed regulation of individual situations to be encountered in daily life, but instead makes available a set of rules and concepts which are applicable to a large variety of problems – among them many that could not be envisaged by those who drafted the code. It is hardly surprising that the BGB has come to be regarded as outdated wherever this technique has not been followed*” (ZIMMERMANN, R. *The New German Law of Obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 24).

⁴⁴⁴ Cf. ZIMMERMANN, R. *The New German Law of Obligations...*, pp. 14 e ss.

governo jurídico das relações entre particulares) como um canteiro de obras regular – não clandestino, como o que se poderia cogitar sobre o pano de fundo de um sistema de regras.

A demonstrada insuficiência das regras para fazer frente ao desiderato de promover segurança jurídica, agregada à já referida falência da abordagem ao Direito como um *sistema* racional, abrangente e tendencialmente fechado, reconduz à delicada tensão entre caso, sistema e racionalidade. Diversa não é a observação, dentre tantas outras, de Caroccia:

O Direito perde sua condição imortal. Não é mais um corpo de instituições universais, mas um produto contingente de um certo equilíbrio de forças. É frágil e cambiável como qualquer equilíbrio humano.

O Direito perde sua territorialidade. Ele não mais tem uma dimensão espacial definida. Ele continua a ser um conjunto mais ou menos ordenado de regras, mas elas têm nenhum lugar; elas são produzidas por sujeitos diferentes em variados níveis. O *quando* substitui ao *onde*: o tempo do Direito se materializa e mira à tomada do lugar do espaço. Nós imaginamos um direito atemporal para controlar o espaço. Mas produzimos um Direito inexoravelmente ligado ao tempo (e também a uma finalidade), mas livre de espaços, ou, mais exatamente, perdido no espaço.

O Direito, enfim, perde sua racionalidade. A interpretação do Direito precisa de um ato de fé. Para interpretar, para forçar o juiz a superar a ambiguidade de normas ou o vácuo jurídico, é necessário reconhecer o legislador como um sujeito *razoável*. No entanto, desde a segunda metade do Século XX, a fé na racionalidade do legislador decaiu, confrontada pela proliferação de regras não raro contraditórias. (...).

O Direito e o sistema novamente se separam. No entanto, o Direito precisa continuar se reportando ao sistema, *ad infinitum*, de modo a sobreviver – e fazer sentido⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Tradução livre. No original: “Law loses its immortal condition. It is no longer a body of universal institutions, but a contingent product of a certain equilibrium of powers. It is fragile and changeable as any human equilibrium. Law loses its own territoriality. It no longer has any defined spatial dimension. It still remains a more or less ordered set of rules, but these rules don’t have any place; they are produced by different subjects at different levels. The *When* replaces the *Where*: the time of the law materialises and aims at replacing its space. We imagined a law without time in order to control the space. Instead, we produced a law inexorably linked to a time (and so to an end), but devoid of any spaces, or more exactly lost in space. Law, finally, loses its rationality. Legal interpretation needs a leap of faith. In order to interpret, in order to force the judge to overcome the ambiguity of norms or the legal vacuum, it is necessary to recognise the legislator as a reasonable subject. However, since the second half of the twentieth century, the faith on the legislator’s rationality declines, confronting the proliferation of rules that often contradict each other. (...) law and the system separate again. However, law must keep aiming at the system, *ad infinitum*, in order to survive – in order to make sense” (CAROCCIA, F. *Rethinking the Juridical System. Systematic Approach, Systemic Approach and Interpretation of Law...*, pp. 77-78). Na mesma esteira: o sistema de que ora se trata “não é um Sistema *a priori*, em que a coerência entre os elementos constitutivos é um ponto de partida, mas é detectável como um *a posteriori*” (PENTEADO, L. C. *Integração de contratos incompletos...*, p. 44),

A delicada relação entre caso e sistema⁴⁴⁶, tão cara aos debates acerca do caráter sistemático do Direito (sobretudo Civil) e de sua constitucionalização, encontra, aqui, um fator de estabilização. Não se trata, por evidente, de fazer apologia a um equilíbrio estático, afinal “histórias e culturas não podem ser pasteurizadas pela hipertrofia legislativa, tampouco se pode deixar de lado o papel dos juízes”⁴⁴⁷. Antes, trata-se de enaltecer um possível equilíbrio dinâmico, o qual tem o movimento como condição de possibilidade, o que já fora, de certo modo, antecipado por Martins-Costa⁴⁴⁸, ao afirmar que a segurança nem sempre se resume tão-só à legalidade; pulveriza-se, antes e em rigor, por campos semânticos diversificados, em especial nas dimensões de estabilidade e de proteção à confiança do cidadão na observância, pelo Estado, das normativas referendadas constitucionalmente. A segurança jurídica, então, impõe que “forma e estrutura estão mudadas e mescladas”⁴⁴⁹.

A segurança como coerência, neste prisma, é como a cola que mantém unidas as expressões fragmentárias da segurança jurídica colhidas da literatura jurídica especializada e expostas nas seções precedentes. O alcance da segurança como coerência nesta inter-relação entre enunciados determinados e indeterminados, todavia, é apenas o de um critério de interpretação, sujeito a deturpações e perversões em função do jogo de forças entre poder e Direito. Ela é um instrumento decisivo na identificação e, portanto, na viabilização do enfrentamento do arbítrio de tomadores de decisão, mas não pode se pretender

⁴⁴⁶ O tema foi abordado na seção 2.2, *supra*, mas convém revisitar, com Martins-Costa: “Com efeito, comente a partir do reconhecimento da necessidade de uma recíproca coordenação entre o procedimento dedutivo e o indutivo, entre o sistema e o caso, entre o método sistemático e o método tópico, se poderá compreender como, numa estrutura formal como é a do direito codificado, emergem, continuamente, elementos problemáticos, que são, por sua vez, sistematizados. Sistematização e assietematização constituem, assim, a *polaridade dialética* na qual se desenvolve o sistema aberto, eis que tendente à permanente ressiematização” (MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no Direito Privado...*, pp. 211-212).

⁴⁴⁷ Tradução livre. No original: “Histories and cultures cannot be pasteurized by legislative hypertrophy nor can the role of judges be forgotten” (FACHIN, L. E. *Mind the gap between the new portfolio and the so-called old systems...*, p. 13).

⁴⁴⁸ MARTINS-COSTA, J. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre Estados e Cidadãos: a segurança jurídica como crédito de confiança. *Revista CEJ*, n. 27, pp. 110-210, out-dez 2004, p. 115.

⁴⁴⁹ MARTINS-COSTA, J. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre Estados e Cidadãos..., p. 115.

panaceia⁴⁵⁰. A invocação retórica de enunciados indeterminados para afastar enunciados determinados em circunstâncias particulares (não universalizáveis) “pode servir para o encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade”⁴⁵¹, como destaca Neves. Da mesma forma, os riscos do chamado panprincipiologismo⁴⁵² e de “concepções hipossuficientes de princípio”⁴⁵³, de que alerta Streck continuam à espreita. O desenvolvimento de práticas decisórias⁴⁵⁴ ancoradas na coerência derrotável (cujas exigências em muito se assemelham às de consistência constitucional e adequação social em Neves), então, é apenas uma condição necessária (não suficiente) da segurança jurídica no Estado Constitucional.

⁴⁵⁰ É o que reconhece Klein, em sua eloquente defesa do argumento consequencialista na interpretação dos contratos empresariais de longo prazo: “quando a coerência encontra limites intransponíveis cabe ao juízo avaliatório inerente ao argumento consequencialista a análise da realidade fática por meio da extrapolação da realidade normativa”, sendo certo que “o requisito da coerência funciona como um limite aos juízos consequencialistas” (KLEIN, V. *Contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da argumentação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 239 e 241).

⁴⁵¹ NEVES, M. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico...*, p. 196.

⁴⁵² “Uma espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um risco desmedido de *standards* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada).” (STRECK, L. L. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito..., p. 9).

⁴⁵³ Trata-se da prática pela qual “ao invés [*sic*] de nomear qualquer *standard* argumentativo ou qualquer enunciado performático de princípio, o Judiciário passa a negar densidade normativa de princípio àquilo que é, *efetivamente*, um princípio, verdadeiramente um princípio, anunciando-o como regra.” (STRECK, L. L. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito..., p. 11).

⁴⁵⁴ Este desiderato é perseguido por Neves mediante a formulação de um modelo de juiz que remete a alguma figura da mitologia clássica (ao estilo antes adotado por Ost e Dworkin). No caso, trata-se do Juiz Iolau, que não é hidraforme, como o “juiz-princípio”, vez que não se deixa levar pela retórica principiológica, tampouco tem a presunção de Hércules, pois não se fecha na arrogância de argumentos técnico-formais e não confia cegamente nas regras. Iolau é o juiz cujo mundo não começa a cada caso; que busca caminhos além do formalismo das regras e do substancialismo dos princípios (cf. NEVES, N. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico...*, pp. 221-228).

3 IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

À parte as ressalvas que encerram a seção precedente, a demonstração de que não há proporção direta entre determinação textual e segurança jurídica (antes, em searas complexas e cambiantes, essas grandezas podem ser *inversamente proporcionais*), a compreensão do caráter sempre derrotável das regras e a delimitação de um sentido normativo abrangente de segurança jurídica compatível com as peculiaridades das contemporâneas democracias constitucionais resultam em grande amparo aos desdobramentos da Teoria do Direito Civil Brasileiro pós-Constituição de 1988, frente ao risco da insegurança. Este, mais que consistir no grande pilar de sustentação das mais pungentes críticas que lhe são dirigidas, é, também, o centro gravitacional de preocupações dos desdobramentos recentes das aprofundadas relações entre Direito Civil e Constituição.

Os autores filiados a diversas variações da chamada perspectiva Civil-Constitucional⁴⁵⁵ – prefere-se, aqui, a designação “Direito Civil Contemporâneo” –, superado o entusiasmo com a sustentação e a progressiva acolhida de suas teses centrais, convergem quanto a um balanço geral positivo⁴⁵⁶. A ele, no entanto, somam preocupações com perigos ora atribuíveis a más compreensões da proposta metodológica “Civil-Constitucional”⁴⁵⁷, ora a descuidos da judicatura

⁴⁵⁵ Trata-se, segundo Bodin de Moraes, de “todo o direito civil – e não apenas aquele que recebe expressa indumentária constitucional –, desde que se imprima às disposições de natureza civil uma ótica de análise através [sic] da qual se pressupõe a incidência direta, e imediata, das regras e dos princípios constitucionais sobre todas as relações interprivadas” (O direito civil-constitucional. In: BODIN DE MORAES, M. C. *Na medida da pessoa humana*..., p. 29).

⁴⁵⁶ Schreiber, neste trilha, destaca: “Nos últimos 20 anos, o que era corrente minoritária entre os civilistas brasileiros parece ter se tornado sucesso absoluto de público e crítica. A expressão ‘direito civil-constitucional’, antes restrita a um pequeno círculo acadêmico, aparece hoje em capas de livros, títulos de artigos, ementas de decisões judiciais, programas de concursos públicos e até em panfletos publicitários de cursos preparatórios” (SCHREIBER, A. *Direito Civil e Constituição*. In: SCHREIBER, A. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5). Relato semelhante há em FACHIN, L. E. Em defesa da constituição prospectiva e a nova metódica crítica do direito civil e suas ‘constitucionalizações’..., p. 18.

⁴⁵⁷ É o que sugerem Schreiber e Konder: “No entanto, essa grande difusão nem sempre vem acompanhada do devido cuidado com as premissas que guiam esse método, o que enseja diversas críticas quanto à falta de rigor científico da metodologia, especialmente no tocante ao modo de aplicação concreta dos princípios constitucionais. Acredita-se que essas críticas não seriam formuladas se a metodologia fosse suficientemente conhecida e corretamente aplicada” (SCHREIBER, A. e KONDER, C. N. Uma agenda para o Direito Civil-Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 10, pp. 9-27, out-dez 2016, p. 10).

com possíveis arbitrariedades⁴⁵⁸, as quais seriam arrostadas mediante a reafirmação peremptória de um compromisso com os *valores* constitucionais que orbitam em torno da dignidade da pessoa humana – posicionamento, este, de que não se compartilha. O parecer de Bodin de Moraes, neste giro, é bastante emblemático desta síntese:

Uma análise retrospectiva desses anos pós-constitucionais revela, no geral, uma história bem-sucedida. Contamos com um ordenamento jurídico plural e solidário, com a proteção cada vez mais plena e integral da pessoa humana e com uma metodologia de interpretação e aplicação do direito mais flexível e justa. No âmbito do direito civil, em especial, consolida-se a ideia de que a supremacia hierárquica do texto constitucional impõe não apenas o respeito formal às normas superiores, mas exige que a legislação ordinária seja sempre interpretada e aplicada de modo a garantir a máxima eficácia dos preceitos da Constituição.

O momento atual, todavia, apresenta também riscos e perigos, e deve ser observado com cautela. Um exame superficial já revela que as numerosas conquistas obtidas vieram acompanhadas de sérias consequências negativas, as quais, sem a devida correção, podem afastar os próprios objetivos que inicialmente se buscava atingir⁴⁵⁹.

No bojo de tais riscos e perigos, conforme leitura de Ehrhardt Junior, estão os “de uma hipertrofia [constitucional] que pode colocar em xeque todo o sistema”, à medida em que uma “panconstitucionalização” favorece um “governo autoritário dos juízes que se valem de um decisionismo vazio para tentar legitimar suas sentenças com prejuízo para uma segurança jurídica, que

⁴⁵⁸ Em relação à reparação de danos, mas com explícita abertura para outras searas, Bodin de Moraes afirma que: “Entretanto, a viabilização dessa conquista, como de outras desde a promulgação do texto constitucional, ocorreu mediante a exacerbação do recurso à técnica legislativa da cláusula geral e o livre arbitramento, que deixaram a cargo do magistrado, respectivamente, todo e qualquer juízo acerca da existência de ato contrário ao Direito, bem como o cálculo de sua compensação, normalmente prescindindo de provas. Não foram ainda, como se sabe, elaborados critérios (ou mesmo parâmetros) minimamente objetivos que possam auxiliar o juiz nessas difíceis matérias, atribuídas, inteiramente, à sua consciência. A jurisprudência, ainda inexperiente no tocante a tal metodologia, tem tido que a aplicar sem o necessário apuro técnico, o que contribui para o cenário atual de caos e arbitrariedade em relação ao tema” (BODIN DE MORAES, M. C. Do juiz-boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. [online]. Disponível na Internet via: <https://www.academia.edu/22848523/Do_juiz_boca-da-lei_à_lei_segundo_a_boca-do-juiz_notas_sobre_a_aplicação-interpretação_do_direito_no_in%C3%ADcio_do_séc._XXI>. Última consulta em 31.01.2019, p. 2).

⁴⁵⁹ BODIN DE MORAES, M. C. Do juiz-boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI..., p. 1.

transcende meros formalismos”⁴⁶⁰. O diagnóstico é preciso, tanto no que toca ao perigo da ascendência do arbítrio pela invocação irresponsável de enunciados constitucionais, quanto pela renovação do sentido operativo de segurança jurídica no contexto das democracias constitucionais, o qual, no dizer de Fachin, não remete a “imutabilidade, mas sim a um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo”⁴⁶¹ das sociedades hodiernas.

Alguns aspectos da generalidade das perspectivas enfeixadas sob o rótulo “Civil-Constitucional”, especialmente a adstrição a uma perspectiva axiológica – i.e.: que atribui força normativa a valores –, apesar dessas percepções, dificulta o espancamento dos conhecidos riscos de descambo para decisionismos e para o movediço terreno da insegurança jurídica. Tais traços, é dizer, impedem a elisão do pretexto de que “a superação da aplicação mecânica (...) [conferiria] ao magistrado carta branca para decidir, de acordo com suas concepções pessoais, mediante a invocação genérica de algum princípio constitucional que ele acredite amparar sua própria e individual versão de justiça”⁴⁶².

Diante deste panorama, as mais pungentes críticas dirigidas à perspectiva Civil-Constitucional se reportam a seu inevitável particularismo ou a um encardido substancialismo, os quais subjugariam qualquer pretensão de restauro e afirmação da segurança jurídica.

Leal, neste giro, apresenta seis objeções à perspectiva “Civil-Constitucional” tomada como gênero, que: (i) implicaria um *aumento de casos difíceis*, na medida em que exige a concretização da Constituição caso-a-caso, com consequentes aumento de variáveis decisórias, referência constante a rarefeitos preceitos constitucionais e, enfim, um inevitável particularismo

⁴⁶⁰ EHRHARDT JUNIOR, M. Acertos e desacertos do processo de constitucionalização dos direitos: uma reflexão sobre os perigos da ubiquidade constitucional no Direito Civil brasileiro. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, a. 1, n. 2, pp. 833-865, 2012, pp. 836 e 860.

⁴⁶¹ FACHIN, L. E. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: PIANOVSKI RUZYK, C. E., SOUZA, E. N., BEZERRA DE MENEZES, J. e EHRHARDT JUNIOR, M. (Orgs.). *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 16.

⁴⁶² BODIN DE MORAES, M. C. Do juiz-boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI..., p. 13.

decisório⁴⁶³; (ii) teria deficiências metodológicas, uma vez que “o direito civil constitucional não traz nenhuma grande inovação em termos de controle da subjetividade judicial”⁴⁶⁴; (iii) trivializaria a dignidade humana, cujo sentido se perde em uma espiral de vagueza ou em sua caracterização como mero adorno retórico, i.e.: “a evocação da dignidade vem quase sempre acompanhada da afirmação da sua importância ou de formulações muito abertas, o que lhe garante papel de mero *topos* argumentativo”⁴⁶⁵; (iv) implicaria excessivo paternalismo estatal, com a conseguinte substituição do protagonismo do indivíduo pelo do Estado, à míngua de instrumentos de controle, o que teria estreita relação com a tirania da dignidade de Frankenberg⁴⁶⁶; (v) minaria a autoridade do Direito (especialmente do Direito legislado), pelo crescente desvalor da legislação frente à jurisdição, encarregada da guarda e execução dos desígnios constitucionais; e (vi) diluiria as fronteiras entre Direito e Moral, já que “no mundo civil constitucional, tomar decisões jurídicas não parece ser diferente de tomar decisões morais, pois o correto parece gozar de prioridade absoluta sobre o formal”⁴⁶⁷.

Reis⁴⁶⁸, por seu turno, dirige críticas muito duras à obra de Fachin – embora não raro lhe atribua posições sustentadas por outros autores, cujas ideias não necessariamente correspondem às daquele – e ao que chama de *jargão Civil-Constitucional*. Sustenta, pontualmente, que este seria sintoma de letargia doutrinária, bem à moda do bacharelismo brasileiro, bem assim que (a) estaria imbricado em narrativa histórica inconsistente, (b) padeceria de incoerências metodológicas e (c) abalaria a legitimidade institucional do Direito.

Estas objeções, de ambos os autores, tocam pontos sensíveis da perspectiva Civil-Constitucional e, especialmente pela convergência com as

⁴⁶³ LEAL, F. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 33, Porto Alegre: PUCRS, out-dez 2015, p. 132.

⁴⁶⁴ LEAL, F. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional..., p. 138.

⁴⁶⁵ LEAL, F. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional..., p. 143.

⁴⁶⁶ Cf. LEAL, F. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional..., pp. 145 e 148. O pensamento de Frankenberg a respeito foi exposto em: FRANKENBERG, G. *A gramática da Constituição e do Direito*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁴⁶⁷ LEAL, F. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional..., p. 155.

⁴⁶⁸ REIS, T. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do Direito Civil-Constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, a. 4, pp. 213-238, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun 2017.

preocupações de destacados defensores seus, merecem ser levadas a sério. O Direito Civil Contemporâneo, para além dos festejos do sucesso da constitucionalização, precisa articular respostas às críticas, as quais nem sempre exprimem más-interpretações.

A objeção de Reis quanto à narrativa histórica que dá sustentação à perspectiva Civil-Constitucional não ataca necessariamente a versão advogada por Fachin. Ademais, resume-se à afirmação de que tal narrativa se basta em uma caricaturização de determinados episódios e tempos históricos e a um arrogante triunfalismo, donde adviria a inevitabilidade das teses Civil-Constitucionais⁴⁶⁹. A isso se somaria, agora sim relativamente à obra de Fachin, a impropriedade do uso da narrativa à *Era Vargas* de Gomes⁴⁷⁰ como sustentáculo de ilações acerca do Direito contemporâneo⁴⁷¹.

A primeira dimensão da crítica, embora talvez excessivamente rigorosa, de fato tem procedência. Não são poucos escritos vinculados à perspectiva Civil-Constitucional que assumem o império despótico da vontade no *laissez-faire* de um talvez nunca existente Estado Liberal brasileiro, bem assim textos que – influentes para proponentes do Civil-Constitucional – anunciam a Assembleia Constituinte de 1987 como *começo da história* constitucional brasileira⁴⁷². Da mesma forma, é muito recorrente a feitura de espantalhos com vulgatas do positivismo exegético, como a representação de juízes autômatos e

⁴⁶⁹ Relata o autor: “Essa descrição exhibe uma série de problemas. O principal deles é o fato de pressupor como incontroversa uma representação da ciência jurídica europeia do séc. XIX e início do séc. XX, que, embora amplamente divulgada na doutrina, não possui fundamento na historiografia jurídica atual. De fato, diversas pesquisas têm apontado as inconsistências de uma narrativa que reduz o direito civil clássico a mera apologia do *laissez-faire* e de uma aplicação mecânica da lei. (...) Ponderações similares devem ser feitas também à suposta vinculação entre positivismo e totalitarismo no séc. XX. Diferentemente da opinião geral (...), sabe-se hoje que a perversão do direito nas décadas de 1930-1940 não se deu pelo aprofundamento de uma tendência positivista. O aspecto decisivo residuiu, ao contrário, numa transformação dos critérios de validade do direito através de um novo método de interpretação que buscava na *realidade*, em oposição ao direito *formal* da legislação e ao direito *abstrato* da doutrina, o seu fundamento *concreto e objetivo*.” (REIS, T. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do Direito Civil-Constitucional..., pp. 221-223).

⁴⁷⁰ Especificamente a contida em GOMES, O. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁷¹ Cf. REIS, T. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do Direito Civil-Constitucional..., p. 225.

⁴⁷² BARROSO, L. R. e BARCELLOS, A. P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, pp. 141-176, abr.-jun. 2003.

integralmente submissos a sistemas de regras. A correção deste arco histórico, contudo, não interfere na pertinência das teses Civil-Constitucionais ao contexto brasileiro de finais do Século XX e início do Século XXI – ou de outros que, sob inspiração do modelo de Estado Constitucional, a ele se assemelhem.

A segunda dimensão, diferentemente, comporta rechaço. Primeiro, porque a narrativa de Gomes, embora inserida no contexto corporativista e autoritário da Era Vargas, reflete, nos temas criticados por Reis, a produção historiográfica de autores de relevo a sua época, a exemplo de Capistrano de Abreu⁴⁷³. Segundo, porque perspectivas mais ou menos intervencionistas de determinados marcos teóricos não são causas da imprestabilidade de suas contribuições, assim como – com a escusa pela *reductio ad hitlerum*, embora Reis a empregue na conclusão de seu escrito⁴⁷⁴ – os vernizes nazistas de autores como Schmitt, Heidegger e Larenz não parecem impedir a apropriação de suas produções na contemporaneidade. Destarte, mesmo que a crítica possa ser considerada pertinente, ela não basta para desestruturar seu alvo.

Na mesma toada, o aumento dos chamados *casos difíceis*, primeiro dos pontos suscitados por Leal, não é apenas um subproduto da emergência de questões constitucionais à superfície da casuística do Direito Privado. É uma marca da complexidade do mundo contemporâneo, a qual conduz teóricos e práticos do Direito de diversos contextos e matizes a afirmar que *não existem casos fáceis*. Assim, sem descambar para o espantelho do formalismo caricato usualmente contrastado à superioridade das respostas da perspectiva Civil-Constitucional, parece ingênua a crença de que a circunscrição dos tomadores de decisão a elementos normativos pontuais possa conter a difusão de casos complexos⁴⁷⁵. Esta ilusão foi desfeita mediante a demonstração de que a indeterminação normativa (contingencial ou deliberada; constitucional ou não) não é um problema, mas uma possibilidade para a segurança jurídica, mormente

⁴⁷³ Cf., a propósito: ABREU, C. *Capítulos de História Colonial*. Rio de Janeiro: Briguiet, 1954, *passim*.

⁴⁷⁴ Ao arguir a inconstitucionalidade do Direito Civil-Constitucional, ele diz: “A crença na possibilidade de se encurtar a distância entre norma e fato por meio de recurso à ‘substância’ do direito (...) está há muito superada, inclusive por ter concorrido para a construção de regimes totalitários na primeira metade do séc. XX.” (REIS, T. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do Direito Civil-Constitucional..., p. 225).

⁴⁷⁵ Cf. *insight* semelhante em RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos...*, p. 54.

se compreendida nos esquadros do coerentismo derrotável. Estes, aliás, consubstanciam o suplemento metodológico de cuja carência se acusa o Direito Civil Contemporâneo; trazem, vale dizer, inovação em termos de controle do arbítrio na tomada de decisões jurídicas – e de uma verdadeira *accountability* dos tomadores de decisão⁴⁷⁶.

Isto derruba, também, a semelhante crítica de Reis quanto à incoerência metodológica do Civil-Constitucional. As distorções que ele identifica a partir da pouco criteriosa supremacia dos princípios sobre as regras e o resultante substancialismo criativo em que incorreria o Civil-Constitucional⁴⁷⁷, são debeladas pelo modelo coerentista derrotável aqui proposto, o qual acolhe a força construtiva dos fatos (ou melhor: a constituição prospectiva do Direito Civil) na medida em que coera – i.e.: faça sentido – com a totalidade do contexto normativo; com a unidade do ordenamento.

A criticada trivialização da dignidade humana (e, por que não?, de outras formulações principiológicas, como *solidariedade*, *boa-fé*, *função social*, etc.) é preocupação central da segurança como coerência, já que traduz o estopim do decisionismo por ela combatido. Aliás, esta banalização é duramente atacada desde dentro do Civil-Constitucional, como algo indesejável e altamente

⁴⁷⁶ Nas palavras de Cohen (The rule of law as the rule of reasons..., p. 13): “a efetiva oferta de razões força tomadores de decisão a articular suas visões publicamente, por via oral ou escrita. A exigência de justificação pressiona os tomadores de decisão a encontrar argumentos convincentes para sua posição e a evitar o uso de argumentos solipsistas ou imorais. (...) Similarmente, a exigência de fundamentação, espera-se, desempenha pressões psicológicas sobre os tomadores de decisão, no sentido de autocensura em antecipação ao reproche público no caso da apresentação de argumentos solipsistas”. Tradução livre. No original: “*actual reason giving forces decision-makers to articulate their views publicly, be it orally or in writing. The requirement to give reasons pressures decision-makers to find convincing arguments for their position and refrain from using self-interested and immoral arguments. (...) Similarly, the requirement to give reasons, it is hoped, exerts psychological pressures on decision-makers toward self-censorship in anticipation of public disapproval and reproach in the case they offer self-centered reasons*”.

⁴⁷⁷ Relativamente à tomada de categorias em sua dimensão material e à força construtiva dos fatos, Reis afirma que: “Enquanto referencial normativo de um discurso jurídico, no entanto, esse jogo de linguagem introduz no sistema um alto grau de incoerência e arbitrariedade ao possibilitar que qualquer ator, seja na doutrina, na administração, no Legislativo ou no Judiciário, desvincule-se do direito posto e recorra à *substância* (como ele a vê) para legitimar sua posição”. E complementa: “O potencial de incoerência produzida por uma concepção jurídica substancialista como essa é o de que ela é arriscada do ponto de vista institucional e incontável do ponto de vista dogmático, pois produz todo tipo de incerteza quanto ao direito vigente. Nesse sentido, o conteúdo normativo de uma determinada relação jurídica pode ser alterado a qualquer momento em vista de uma ‘força constitutiva dos fatos’ que o intérprete, tal como ele a vê, julgue relevante.” (REIS, T. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do Direito Civil-Constitucional..., pp. 228 e 230).

reprovável segundo seus pressupostos fundamentais. É o que revela o parecer de Schreiber:

nada está mais distante da metodologia civil-constitucional que a invocação irresponsável da “dignidade humana”, para sustentar demandas indenizatórias de caráter frívolo, ou a menção oportunista à “função social do contrato”, no afã de justificar o descumprimento de deveres contratuais legitimamente assumidos. A metodologia civil-constitucional reclama a aplicação dos princípios constitucionais, mas tal aplicação se dá necessariamente de modo técnico e criterioso, por meio de uma fundamentação controlável, ancorada no dado normativo. A invocação velhaca dos valores constitucionais nada tem de civil-constitucional: é patifaria intelectual, que, longe de privilegiar, esvazia a densidade das normas fundantes do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁷⁸.

O perigo, ao que parece, está no problema metodológico arrostado *supra*, o qual, a pretexto de aplicar o ordenamento como um todo *axiologicamente* unitário, incorre em uma perigosa desvalia da juridicidade, constantemente ameaçada por uma palmatória axiológica constitucional, talhada sobre leituras fragmentárias de formulações principiológicas. Isto resulta em uma drástica redução de complexidade da ordem constitucional, “no sentido de retrotraí-la a um princípio último, amplamente aberto”, o que, no cirúrgico parecer de Neves, “tende a um moralismo incompatível com o funcionamento do direito em uma sociedade complexa”⁴⁷⁹. Mais ainda se este princípio for entendido, como sói acontecer na civilística brasileira, como *valor* (incontrolável)⁴⁸⁰ – hipótese em que as objeções aqui destrinchadas seriam enormemente potencializadas. Mas as coisas não precisam, necessariamente, ser assim.

⁴⁷⁸ SCHREIBER, A. *Direito Civil e Constituição...*, p. 23.

⁴⁷⁹ NEVES, M. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico...*, p. 193.

⁴⁸⁰ A perspectiva axiológica encerra argumento circular: “valores constitucionais demandam, por sua natureza, aplicação fundamentada e constituem, ao mesmo tempo, critério de controle dessa fundamentação. Não é difícil intuir que tautologias como essa são incapazes de definir parâmetros que viabilizem o controle efetivo das decisões judiciais, distinguindo grupos de casos e fixando critérios de reaproveitamento das soluções em casos futuros. Desarticulada a estrutura de princípios e regras e flexibilizada a vinculação do intérprete à lei sem critérios objetivos de controle das decisões, há boas razões para crer que o direito civil-constitucional seja ele próprio uma das principais causas da incerteza normativa para a qual busca agora uma ‘necessária calibragem’” (REIS, T. *Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do Direito Civil-Constitucional...*, p. 231).

Muito embora o Direito não possa pretender esgotar complexidade que circunda a dignidade humana⁴⁸¹, esta, para efeito de resolução de casos jurídicos, é um princípio – uma norma jurídica, portanto, e não um valor – que contém uma concepção jurídica – normativa – de dignidade⁴⁸². Como tal, constitui razão para decidir casos jurídicos, bem como para derrotar, fundamentadamente e observada a exigência de universabilidade, determinada regra ou solução jurídica ancorada em outros elementos normativos. Não é necessário, menos ainda desejável, que todo e qualquer caso se resolva com menção à dignidade – precisamente como ressalta Schreiber; sobretudo se essa for uma menção descompromissada e meramente decorativa. E é perfeitamente possível (mais que isto: desejável) a realização de leituras críticas de práticas decisórias que reduzem a dignidade humana a um *flatus vocis*; isto é: a decisões que, suprimidas as referências ao princípio (à norma), permaneceriam inalteradas, como se aquele fosse, de fato, trivial e despido de normatividade. Isto é, inclusive, recorrente em variados contextos jurídicos⁴⁸³, com resultados que não podem ser desprezados.

Pereira-Menaut e Pereira-Saéz, a título de exemplo, após problematizações de fundo, escrutinam quatro decisões judiciais, proferidas por Tribunais Alemães ou pela Corte Europeia de Direitos Humanos, nas quais se fez referência expressa à dignidade humana. Ao escovar estes casos, identificaram os sentidos normativos extraídos da invocação textual do princípio, nas decisões de que ele constitui *ratio decidendi*, e denunciaram seu uso meramente retórico em outras ocasiões⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ V. PEREIRA-MENAUT, A. C. e PEREIRA-SAÉZ, M. C. Human dignity and European constitutionalism: *flatus vocis* or *ratio decidendi*? In: ARNOLD, R. (Org.). *The convergence of the fundamental rights protection in Europe...*, p. 233.

⁴⁸² Cf., nesta linha: PIANOVSKI RUZYK, C. E. Dignidade humana. In: CLÈVE, C. M. (Coord). *Direito constitucional brasileiro*. V.1: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 172 e 176.

⁴⁸³ E.g.: ao escutinar decisões do Superior Tribunal de Justiça brasileiro em que se tenha invocado a expressão “boa-fé objetiva”, Schmidt critica seu emprego ora como mero recurso retórico (*rethorische Floskel*), como espécie de varinha de condão (*Zauberstab*) para a resolução de problemas complexos ou como atalho ao emprego de dispositivos com maior densidade normativa, que exigiria maior delonga na busca por soluções e o atingimento de resultado talvez não tão simpático aos apetites por justiça. Cf.: SCHMIDT, J. P. Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis. *DBJV Mitteilungen*, n. 2, pp.34-47, 2014, pp. 39 e ss.

⁴⁸⁴ PEREIRA-MENAUT, A. C. e PEREIRA-SAÉZ, M. C. Human dignity and European constitutionalism: *flatus vocis* or *ratio decidendi*?..., pp. 230-232.

A invocação da dignidade humana (ou de qualquer outro) princípio, portanto, deve ser acompanhada de zelo com a totalidade do ordenamento e com o contexto do caso – cujas circunstâncias fático-jurídicas, acaso embasem solução inovadora ao contexto normativo que se tenha por referência, têm que ser universalizáveis. Assim não se mina a autoridade do Direito legislado, menos ainda se sabota a autonomia do Direito relativamente a normativas integrantes de dadas moralidades. Mais especialmente, assim se pode alcançar decisões jurídicas consentâneas com o sentido de segurança jurídica possível no bojo do Estado Constitucional⁴⁸⁵.

Enfim, a objeção que acusa a perspectiva Civil-Constitucional de favorecer vieses paternalistas-autoritários⁴⁸⁶, embora pungente, dissolve como névoa no solo diante das respostas articuladas a partir e sob o albergue da segurança como coerência. Isto fica bastante claro com a leitura, já referida, da função dos institutos fundamentais de Direito Civil como liberdade, em múltiplos perfis. É que se o propósito do governo jurídico das relações entre particulares é, de fato, presidido por um princípio de liberdade, *então* restrições normativas a liberdades somente se justificam na medida em que se coadunem com aquele, mediante a proteção ou promoção de liberdades de outras pessoas ou grupos sociais.

Esta constatação, por um lado, recomenda a reconsideração de restrições abstratas a liberdades, à luz de sua justificabilidade segundo o diapasão funcional do Direito Civil brasileiro contemporâneo, com o fito de torna-las

⁴⁸⁵ A propósito, calha o parecer de Ost e Kerchove: “a obra do juiz é figura alçada de maior significância: entre a natureza casuística da apreensão de múltiplos e diversos conflitos de interesse, e a sistemática que exige o cumprimento dos normatizações do legislador e das sínteses doutrinárias, esta produção judicial se esforça para conciliar a demanda de individualização que a equidade exige e a exigência de generalização que implica qualquer forma de Justiça racional”. Tradução livre. No original: “*l’œuvre du juge simple être la figure la plus significative : entre la casuistique que suscite l’appréhension des conflits d’intérêts, multiples et divers, et la systématique que semble réclamer la conformité aux codifications du législateur et aux synthèses doctrinales, cette production jurisprudentielle s’efforce de concilier l’exigence d’individualisation qu’appelle l’équité et l’exigence de généralisation qu’implique toute forme de justice rationnelle*” (OST, F. e KERCHOVE, M. *Le système juridique entre ordre et désordre...*, p. 236).

⁴⁸⁶ É paternalista-autoritária qualquer política que vise à imposição de determinadas escolhas a certo(s) universo(s) de agentes, sob o pretexto de garantir-lhes bem-estar e/ou preservá-los de efeitos deletérios de más escolhas (desde a perspectiva do formulador da política) – cf. THALER, R. H. e SUNSTEIN, C. R. Libertarian paternalism. *The American Economic Review*, v. 93, n. 2, p. 175-179, mai. 2003. p. 175.

coerentes (em vez de ruidosas) com aquele⁴⁸⁷. Por outro, compreende a possibilidade de restrições fundamentadas em concreto, bem assim o encaminhamento – mas não a imposição – de determinadas escolhas aos particulares na condução de suas vidas civis. Trata-se, em uma palavra, de abertura ao endosso de opções paternalistas-libertárias⁴⁸⁸ – isto é: do desempenho de *influência* sobre as escolhas dos indivíduos potencialmente afetados por determinados atos ou atividades, segundo critérios de mensuração tão objetivos quanto possível, mas sem impedir, coativamente, a feitura de escolhas diferentes⁴⁸⁹. Embora, aqui, abordagens paternalistas-libertárias possam encontrar espaço e conquanto possam ser, elas mesmas, disputadas, certamente não se está diante do risco tirânico do paternalismo autoritário. Mantém-se, afinal, “a liberdade na escolha, sem alterar incentivos econômicos ou proibir ou impor alternativa, visando ao alcance da escolha satisfatória, considerada aquela que traga maiores benefícios coletivos e individuais”⁴⁹⁰. Também este ataque, portanto, não se revela suficientemente pungente para desestruturar seu alvo.

O enfrentamento das objeções levantadas em face do Direito Civil Contemporâneo – ou do Civil-Constitucional – faz, então, com que este emergja revigorado e robustecido pela segurança como coerência. Assim, ao contrário do que sugerem Leal e Reis, a perspectiva do Direito Civil Contemporâneo e sua tríplice constituição, sobretudo se afinada no diapasão da segurança como coerência, configura resposta adequada ao desafio de “pensar a relação entre

⁴⁸⁷ Com isso, ademais, dá-se corpo à recomendação de Souza: “Nas mais variadas áreas do Direito Civil, por outro lado, progressivamente se constata a insuficiência da análise exclusivamente estrutural e *a priori* do direito para um efetivo controle valorativo da autonomia privada à luz da legalidade constitucional. (...) Compreendidas as causas legais de invalidade como juízo abstrato feito pelo legislador sobre os prováveis efeitos a serem produzidos por certos atos, parece lógico concluir que esse juízo pode e deve ser completado em concreto pelo intérprete, a quem se autoriza afastar em parte ou no todo as consequências ordinárias da nulidade ou da anulabilidade se identificar interesse merecedor de tutela que fundamentadamente o justifique” (SOUZA, E. N. Invalidades negociais em perspectiva funcional: ensaio de uma aplicação ao planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, D. (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 211).

⁴⁸⁸ A propósito, diz Kanayama: “O paternalismo libertário é o ponto médio entre o liberalismo e o paternalismo coercitivo. Mantém a possibilidade de escolhas, mas incentiva a escolha adequada. O Estado dá um *empurrão* (*nudge*) para a escolha certa” (KANAYAMA, R. L. Políticas públicas – entre o liberalismo e o paternalismo. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, a. 11, n. 42, pp. 213-231, abr./jun. 2013, p. 221).

⁴⁸⁹ THALER, R. H. e SUNSTEIN, C. R. *Libertarian paternalism...*, p. 175

⁴⁹⁰ KANAYAMA, R. L. Políticas públicas – entre o liberalismo e o paternalismo, p. 222.

novas formas de legitimidade democrática e o arcabouço jurídico-dogmático de interpretação e sistematização do direito”⁴⁹¹.

Apresentada a tese em correlação à abordagem Civil-Constitucional e daquela extraídos contrapontos às principais críticas dirigidas contra esta, é tempo de testar sua suficiência diante de um importante enunciado deliberadamente indeterminado contemplado pelo Código Civil Brasileiro: a função social do contrato. Isso se faz, nas seções seguintes, mediante levantamento bibliográfico propositadamente circunscrito à comunidade jurídica brasileira.

3.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: PRIMEIROS LUSTROS

O Código Civil Brasileiro de 2002 é resultado da aprovação e sanção do Projeto de Lei número 634-D, submetido à apreciação da Câmara dos Deputados pelo Presidente da República em 1975. Muito embora se tratasse de iniciativa com tendências conservadoras das normativas contidas pelo Código Civil de 1916, “não só pelos seus métodos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu”⁴⁹², a promulgação do então *novo* Código pôs a lume traços novidadeiros – conquanto sejam notáveis comentários mais ásperos relativamente a extemporaneidade mesmo desses, face ao teor da Constituição que lhe precedeu em quase uma década e meia⁴⁹³.

⁴⁹¹ REIS, T. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do Direito Civil-Constitucional..., p. 235.

⁴⁹² REALE, M. Visão geral do Novo Código. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, n. Especial, pp. 38-44, fev./jun. 2002, p. 39.

⁴⁹³ Está-se a referir, ilustrativamente, ao comentário de Barroso, para quem: “Pode-se também, se receio, asseverar que tal conjunto normativo seria mesmo revolucionário para as relações privadas em um cenário jurídico de quase um século de tradição e formalismo, não fosse o fato de que o texto constitucional estava debutando quando de sua entrada em vigor. Tudo isso implica compreender que a matéria cível havia sido amplamente disciplinada pelo legislador constituinte nos meandros dessa Constituição que instaurou o Estado democrático de direito na comunidade política nacional” (BARROSO, L. A. O novo Código Civil Brasileiro no momento histórico de sua publicação. In: BARROSO, L. A. *A realização do Direito Civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 15).

É dizer: de um lado, intentou-se conservar a contribuição do Código de 1916, para cujo advento contribuíram Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo e Felício dos Santos e Clóvis Beviláqua⁴⁹⁴. De outro, consagraram-se mudanças decisivas, “não só na sua forma como no seu espírito e, conseqüentemente, na sua interpretação, porque o contexto político e cultural em que o novo Código se gestou, é completamente diverso do existente à época do debate e aprovação do projeto Beviláqua”⁴⁹⁵. Não é demais lembrar, neste diapasão, que a emergência do Código de 2002 coincide com o início da disseminação ampla do acesso à internet de alta velocidade, que deu o pontapé inicial à *nova economia*, no alvorecer do *novo milênio*, a clamar, no dizer de Wald, por um *novo Direito*⁴⁹⁶, mormente em matéria contratual⁴⁹⁷, timbrada por uma espécie de revolução inacabada⁴⁹⁸ – o que seria o cume das mudanças econômicas calcorreadas desde o término da Segunda Guerra Mundial, como relata Gomes:

Foi somente depois da Segunda Guerra Mundial, quando o capitalismo amadureceu e a *revolução tecnológica* lhe deu novo alento, que o *contrato* passou a exercer indiscutível e desenganadamente nova *função* de grande significação para sua evolução.

⁴⁹⁴ Conquanto seja usual fazer-se referência ao Código Civil de 1916 como *Código Beviláqua*, é de se notar que a contribuição de Teixeira de Freitas e dos demais civilistas temporariamente encarregados de progredir na elaboração de um modelo de Código foi decisiva para a consumação da primeira codificação civil brasileira. A final, como é de sabença, “Não se tendo aprovado nenhum desses projetos, em janeiro de 1889 o Ministro da Justiça Epiácio Pessoa convida Clóvis Beviláqua, eminente professor da Faculdade de Direito do Recife, para prosseguir no trabalho de codificação, aproveitando, no que fosse possível e não contrariando as suas próprias ideias, os trabalhos dos juristas precedentes” (AMARAL NETO, F. O Código Civil Brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. *Revista da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, n.2, pp.102-118, out/2008, p.164).

⁴⁹⁵ AMARAL NETO, F. O Código Civil Brasileiro e o problema metodológico de sua realização..., p.109.

⁴⁹⁶ “Novas formulações jurídicas não de ser criadas, outros equilíbrios devem ser encontrados, no plano dos contratos, da família, da sociedade e do próprio Estado, para que o direito não seja uma espécie de camisa-de-força que impeça a utilização das novas tecnologias e da própria globalização, criando-se, ao contrário, um clima de cooperação entre homens e países, dominado pela ética” (WALD, A. Um novo Direito para a nova Economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, M. H. e LISBOA, R. S. *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 79-80).

⁴⁹⁷ Nesta singra, Luciano Penteado adverte: “É preciso compreender este estado da arte para (...) desenvolver alternativas viáveis para um novo direito contratual que não o seja apenas na designação linguístico-lexical. Ele deve contemplar a complexidade, trabalhar com ela sem promover recortes que comprometam sua compreensão e promover um regramento eficiente das operações econômicas que se revistam de forma contratual” (PENTEADO, L. C. *Integração de contratos incompletos...*, p. 21).

⁴⁹⁸ A expressão é usada em: KLEIN, V. *Contratos empresariais de longo prazo...*, p. 13.

Na fase anterior do capitalismo, quando a *sociedade industrial* ainda não alcançara o grau de desenvolvimento nem os contornos acentuados na década de 60, o *contrato* limitava-se (...) a *transferir a propriedade de bens*.

Não criava riqueza; passou a criá-la.

Esta é a grande transformação. O contrato passa a exercer uma *nova* e importante *função* no capitalismo maduro⁴⁹⁹.

Percepções semelhantes são anotadas por Salomão Filho, para quem a progressiva transformação da realidade das relações econômicas a nível global conduziu a uma mudança de perfil na acumulação de capital: em vez de fundada na exploração da propriedade imobiliária, vinculada em relações mais fluídas e complexas, a renovar o horizonte de sentido da função social. Assim, em suas palavras: “a essência do princípio da função social tem de se modificar. (...) Do direito de propriedade passa-se às relações jurídicas. Em um primeiro momento aquelas envolvidas pela empresa e, em seguida, pelos contratos em geral”⁵⁰⁰. Isso tudo, por evidente, reverbera os e nos modelos de organização político-jurídicas a nível global, em correspondência às transformações e viragens abordadas ao início deste trabalho⁵⁰¹.

Neste diapasão e embora com perspectiva diferente acerca do ápice do contrato no contexto do governo das relações entre privados, Wald aponta que o Código Civil Brasileiro de 2002 “apresenta o contrato sob novas vestimentas, com finalidades e regime jurídico que se afastam do nosso direito clássico, justificando uma reflexão sobre a matéria”⁵⁰². Uma reflexão assim abrangente é instrumentalizada pela noção de *obrigação como processo*, que Couto e Silva trouxe para o Brasil na década de 1960⁵⁰³, a partir da doutrina alemã,

⁴⁹⁹ GOMES, O. A função do contrato. In: GOMES, O. *Novos Temas de Direito Civil...*, p. 108. Grifos originais.

⁵⁰⁰ SALOMÃO FILHO, C. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, v. 823, pp. 67-86, mai. 2004, p. 69.

⁵⁰¹ Embora com o emprego de designações diferentes, Gerchmann e Catalan assinalam os diferentes perfis de contrato nos esquadros do Estado de Direito moderno, tanto em sua matriz de inclinação individualista quanto na social, e do Estado Constitucional. A propósito, cf.: GERCHMANN, S. R. e CATALAN, M. J. Duzentos anos de historicidade na resignificação da ideia de contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, a. 22, n. 90, pp. 191-209, nov./dez. 2013.

⁵⁰² WALD, A. Um novo Direito para a nova Economia: a evolução dos contratos e o Código Civil..., p. 83.

⁵⁰³ Está-se a referir a COUTO E SILVA, C. V. *A obrigação como processo*. 8ª Reimpressão. São Paulo: Editora FGV, 2007.

particularmente a de Larenz. Ela conduz à derrocada da tomada dos interesses dos contratantes por antagônicos e no enaltecimento de uma espécie de *affectio* nutrida entre eles⁵⁰⁴, ora jungidos por vínculos de colaboração⁵⁰⁵. Leva, ademais, a repensar as tensões entre tempo e contrato, de modo a romper as amarras dos pactos fáusticos⁵⁰⁶ caros à concepção de contrato *à moderna*, e viabilizar a transposição dos umbrais da dogmática dita clássica, no rumo da concretização das promessas constitucionais e da cidadania material⁵⁰⁷. Isso muito embora a Lei da Liberdade Econômica (número 13.874/2019), de que se falará adiante, pareça ter exumado algumas percepções modernas do fenômeno contratual, sobretudo no tocante ao caráter excepcionalíssimo e subsidiário da revisão contratual.

O estopim da renovação do aparato teórico-dogmático de análise dos contratos encoraja ruptura com a confortável ilusão de certeza que embala saudosismos da contratualística tradicional⁵⁰⁸, firme na dominação do futuro almejada pelo contrato⁵⁰⁹. Com isso, permite alçar uma abordagem

⁵⁰⁴ O autor chega a compará-la à *affectio societatis* e ao próprio vínculo conjugal – cf. WALD, A. Um novo Direito para a nova Economia: a evolução dos contratos e o Código Civil..., p. 85.

⁵⁰⁵ Assim: “Deixando no passado a ideia de oposição, antagonismo e contrariedade entre as partes, chega-se à percepção da necessidade da atuação cooperativa entre os pólos da relação contratual, pois ambas têm interesses em jogo dependentes da atuação recíproca. A satisfação dos interesses de uma das partes depende da atuação da outra, como antes. Mas se alguém se propõe a, em contrapartida ao atendimento de seus interesses, praticar ação direcionada à satisfação dos interesses de outrem, aquele alguém deve atuar colaborando, cooperando para que o contrato atinja seus fins, que são do interesse de ambos” (BRASILEIRO BORGES, R. C. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, G. M. F. N. e TARTUCE, F. *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, pp. 27-28).

⁵⁰⁶ Trata-se de um ajuste que *nega o tempo*: “O pacto fáustico em sua imediatez e fusionalidade é o instrumento do solipsismo: faz aparecer um mundo sem além e sem profundidade”. Tradução livre. No original: “El pacto fáustico en su inmediatez y fusionalidad es el instrumento del solipsismo: hace aparecer un mundo sin más allá y sin profundidad (podríamos decir que es un mundo meramente aparente)” (OST, F. *Tiempo y contrato: crítica del pacto fáustico*. Tradução de Vitória Roca. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 25, pp. 597-626, 2002, p. 599 – texto também publicado em Português pela Revista Eletrônica de Direito e Sociedade do UniLasalle: OST, F. *Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico*. Tradução de Roberta Matzenbacher. *REDES: Revista eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 6, n. 1, pp. 93-115, mai. 2018).

⁵⁰⁷ Cf. GERCHMANN, S. R. e CATALAN, M. J. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato..., pp. 195 e 203-204.

⁵⁰⁸ A expressão é de Grau, para quem a perda de aderência da “teoria clássica do contrato” à realidade contemporânea exige, do jurista, “aceitar a superação e o amálgama dos extratos da evolução jurídica” (GRAU, E. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 96, pp. 423-433, 2001, p. 431).

⁵⁰⁹ Cf. OST, F. *Tiempo y contrato: crítica del pacto fáustico...*, p. 605, e, em perspectiva bastante diversa, mas igualmente importante: KLEIN, V. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: CRV, 2015, pp. 178-179.

contemporânea aos contratos, ciosa da fugacidade e das discontinuidades que timbram o tempo presente⁵¹⁰. É o que revela Ost, ao ponderar dimensões transcendentais ao consenso e ao marco-zero dos pactos:

Falta, no entanto, assinalar que esta confiança nas virtualidades do devir (o “crédito de tempo” que engendra o contrato), se une à confiança na outra parte contratual. Esta, todavia, condiciona aquela. Aqui está o que redescobrem a doutrina e a prática contemporâneas: o contrato não será um instrumento para dominar o futuro, não se lhe garantirá a estabilidade, exceto sob a condição de se manter a confiança mútua sobre a qual repousa. Em tais condições, admitir que se negocia apenas progressivamente e com prudência, e que pode ser necessário renegociar certas cláusulas – inscrevendo o contrato, para ser exaustivos, dentro da temporalidade móvel e evolutiva – não significa minar sua força performativa (é dizer, sua capacidade de engendrar o devir do contrato), mas, bem ao contrário, implica aproximar este último de sua condição de êxito⁵¹¹.

O despertar para esta constatação, de inegável afinidade ao desenho da obrigação como processo, permite pôr o contrato em perspectiva mais realista e aderente às demandas do contemporâneo. Permite, ademais, transbordar a tomada do contrato como acordo de vontades, ante à constatação de que “a vontade pode representar um não querer, deliberado ou não”⁵¹², o que importa para o pensar na figura dos chamados contratos incompletos. Ela confere, vale dizer, maior flexibilidade aos contratos privados, a qual se traduz, é certo, em sujeição pronunciada a variações circunstanciais, mas, justamente por isso, oportuniza à avença vicejar a despeito delas⁵¹³. O contrato é, afinal, um conjunto

⁵¹⁰ Cf. PENTEADO, L. C. Integração de contratos incompletos..., p. 22.

⁵¹¹ Tradução livre. No original: “Queda, sin embargo, por señalar que a esta confianza en las virtualidades del devenir (el “crédito de tiempo” que engendra el contrato), se une la confianza en el copartícipe del contrato. Más todavía: ésta condiciona aquella. He aquí lo que redescubren la doctrina y la práctica contemporáneas: el contrato no será un instrumento para dominar el futuro, no se le garantizará la estabilidad salvo a condición de mantener la confianza mutua sobre la que descansa. En tales condiciones, admitir que no se negocia mas que progresivamente y con prudencia, adaptarse, si se da el caso, a la renegociación de ciertas cláusulas -inscribirlo, para ser ex- haustivos, dentro de una temporalidad móvil y evolutiva- no significa minar su fuerza performativa (es decir, su capacidad de engendrar el devenir del contrato), sino que, más bien al contrario, implica acercar a este último a sus condiciones de éxito” (OST, F. Tiempo y contrato: crítica del pacto fáustico..., pp. 606-607).

⁵¹² PENTEADO, L. C. Integração de contratos incompletos..., p. 13.

⁵¹³ Cf. OST, F. Tiempo y contrato: crítica del pacto fáustico..., p. 609.

de situações, muito mais que o retrato de um acordo de vontades. Quem contrata, efetivamente, não contrata somente o que contrata⁵¹⁴.

Tais transformações equalizam os tradicionais pontos cardeais dos contratos – liberdade, confiança e justiça comutativa⁵¹⁵ – arrefecendo antigas tensões e criando novas⁵¹⁶. Menos que uma liberdade pressuposta entre sujeitos formalmente iguais (mas as vezes substancialmente diferentes) e resumida no esplendor fugaz do encontro entre oferta e aceitação⁵¹⁷, o contrato atualmente dá vazão a liberdades vividas⁵¹⁸ no curso de sua existência – desde antes de concluído até depois de extinto, pelo adimplemento ou por outros caminhos –, em corte antes relacional que transacional⁵¹⁹. É o que esclarece o parecer de Fachin:

Com a evolução da ordem jurídica e mudança na relação entre os contratantes, surgem limites e o contratantes já não podem definir sozinhos o conteúdo do contrato, que pode sofrer intervenção do legislador e submeter-se à revisão pelo Judiciário, além da força constitutiva dos fatos sociais e também especialmente da eficácia vinculante dos comportamentos concludentes na execução contratual, não raro apta a alterar o programa contratual originário. A autonomia privada é relativizada para que haja uma justiça substancial, com a confiança assumindo papel de destaque na relação contratual. Com essa formulação renovada, a teoria dos contratos se direciona para o equilíbrio entre as partes na relação contratual, entendida como processo, e vedadas são não somente cláusulas abusivas diante da

⁵¹⁴ Cf. FACHIN, L. E. *Direito Civil...*, p. 30.

⁵¹⁵ Cf., a propósito: VICENTE, D. M. A autonomia privada e seus significados no Direito Comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, a.3, v. 8, pp. 275-302, jul./set. 2016.

⁵¹⁶ Cf. BRASILEIRO BORGES, R. C. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 49, pp. 228-246, 2008, pp. 234-235.

⁵¹⁷ É o que diz Pianovski: “Ocorre que a liberdade não se esgota no momento genésico de um contrato, na materialização da autonomia privada formalmente assegurada (...), dizendo respeito, também e sobretudo, às consequências concretas do contrato” (PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s)...*, p. 304).

⁵¹⁸ Isto determina o repensar da noção mesma de autonomia privada, pois a moldura contratual definida em função dela “não tem logrado êxito em apreender as necessidades da contemporaneidade, mormente ao estabelecer uma ficção ontológica de que a relação entre os contratantes existiria em um plano próprio e indiferente ao plano da vida e a seus sujeitos. O insucesso em corresponder àquilo que define o contexto em que os contratos são celebrados impôs um repensar da liberdade na seara contratual. Não se tratou, diversamente do que se poderia supor, de simples limitação da autonomia privada – fenômeno que se intensificou desde o final do século XIX, mas de um verdadeiro repensar do próprio conteúdo da liberdade nos contratos, além do conceito de autonomia privada” (PIANOVSKI RUZYK, C. E. e BÜRGER, M. L. D. M. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. *Civillistica.com*, a. 6, n. 2, 2017, p. 2).

⁵¹⁹ Cf. OST, F. *Tiempo y contracto: crítica del pacto fáustico...*, p. 622.

adoção de novos paradigmas interpretativos, como também (e especialmente) é obstado um programa contratual que, mesmo na licitude, seja o sinal de uma extorsão do conteúdo econômico de uma parte em detrimento de outra⁵²⁰.

Nesta esteira, que traz o tempo para dentro do contrato em vez de o negar ou alhear, os traços objetivos (e concretos) da boa-fé, da utilidade econômica e do equilíbrio contratual ganham renovada força⁵²¹. E é certo afirmar, com Klein, que esse rejuvenescimento do contrato pressupõe, para se consolidar, adequadas compreensão e aplicação das disposições legislativas e concepções doutrinárias a ele pertinentes⁵²².

Este movimento, ademais, guarda simetria com o desenho da constituição econômica⁵²³ referendada pela Constituição Federal de 1988, sobretudo a partir de seu Título VII, Capítulo I, em conjugação com os princípios e objetivos fundamentais da República, constate de seu Título I. E, a despeito das grandes divergências existentes na comunidade jurídica brasileira especializada em Direito Contratual quanto à intensidade e ao alcance de normativas aí consagradas, há consenso no tocante à relação de continência existente entre os princípios da Ordem Econômica e o estatuto jurídico das relações contratuais. Conquanto não se possa negar a importância do debate, sua exploração transcende os propósitos deste trabalho, ao qual basta a advertência operativa de Moreira, de que a leitura dos princípios constitucionais da Ordem Econômica segue as diretrizes fundamentais da *unidade constitucional* e da *compatibilidade* – que o autor chama de “princípio ponderativo-compabilizador”⁵²⁴.

⁵²⁰ FACHIN, L. E. *Direito Civil...*, p. 69.

⁵²¹ Sinais e desdobramentos importantes deste tempo vivido pelo contrato são escrutinados em: SCHREIBER, A. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2018, *passim*.

⁵²² Cf. KLEIN, V. *Contratos empresariais de longo prazo...*, p. 27.

⁵²³ Isto é: “o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica” (MOREIRA, V. *Economia e Constituição*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 41). Em específica e direta correlação ao Direito Brasileiro e à função social do contrato, cf. MARTINS-COSTA, J. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos...*, pp. 45-46.

⁵²⁴ MOREIRA, E. B. Os princípios constitucionais da atividade econômica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, a. 53, v. 45, pp. 103-111, 2006, p. 107.

O estudo dos contratos sobre este pano de fundo rompe os ilusórios limites de leituras ditas fundamentalistas de certas formulações principiológicas fundantes da Ordem Econômica constitucional – as quais se caracterizam pela tentativa de incorporar doutrinas particulares abrangentes ao campo do indecível, sem conferir respeito e reconhecer dignidade a posições diversas, mesmo que amparadas por deliberações majoritárias⁵²⁵. Assim é que dignidade humana, valorização do trabalho, livre iniciativa, justiça social, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente se imbricam à concepção de contrato compatível com o estatuto do Direito Civil Contemporâneo. Esta cunhagem passa, justamente por isso, pela temática da funcionalização do contrato⁵²⁶, pois põe a iniciativa dos agentes econômicos em condição de suscetibilidade “de ser vinculada positivamente na direção da utilidade social, em uma perspectiva não individualista”⁵²⁷. Este conjunto de pressupostos reconduz, na ambiência do Direito Civil Contemporâneo e segundo a comunidade especializada, às balizas do Projeto que veio a se tornar o Código Civil Brasileiro⁵²⁸.

⁵²⁵ Cf., para maiores detalhes: SOUZA NETO, C. P. e MENDONÇA, J. V. S. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, C. P. e SARMENTO, D. (Coords.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 721.

⁵²⁶ A propósito do caráter constitucional da função social do contrato: “no contexto constitucional é que se localiza a funcionalização do contrato, ao limitar a Carta, no seu art. 170, caput, a livre-iniciativa à justiça social. Nada mais é necessário ao intérprete da lei que empresta plena eficácia à Constituição” (NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2ª Ed., revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 230).

⁵²⁷ BERCOVICI, G. Parecer sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória da Liberdade Econômica (Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019). *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*. Belo Horizonte, a. 8, n. 15, pp. 173-202, mar./ago. 2019, p. 176.

⁵²⁸ Fala-se, neste prisma, que o texto do Código Civil Brasileiro acerca da função social do contrato seria uma simples reiteração do que prescrevera o constituinte: “Com efeito, é exatamente o que ocorre, agora, com a redação do art. 421 do novo Código Civil, que, destarte, consagrando, de maneira explícita, a função social do contrato, serve a tornar normativo e efetivo, no nível da legislação ordinária, o que, em rigor, já era um princípio constitucional” (GODOY, C. L. B. *Função social do contrato*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121). No mesmo sentido, diz Junqueira de Azevedo, antes mesmo da entrada em vigor do Código de 2002: “A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF/1988); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro - de resto, o art. 170, caput, da CF/1988, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 750, pp. 113-120, abr. 1998, p. 116).

Três são as conhecidas linhas-mestras: operabilidade, socialidade e eticidade. Elas se explicam, respectivamente, como: (i) o direcionamento da redação dos textos normativos com o objetivo de facilitar seus entendimento e aplicação⁵²⁹; (ii) o almejo de romper com o caráter individualista e defasado do Código Civil de 1916, em prol da consideração dos impactos sociais ou coletivos do uso de liberdades legalmente delimitadas⁵³⁰; e (iii) a tomada das normativas de Direito Civil como “o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade”⁵³¹, cuja dimensão ética seria sobrelevante⁵³².

A correlação dessas diretrizes com a concepção de função social do contrato é afirmada pela generalidade dos autores especializados, ora com inclinação mais pronunciada à especificidade do Código Civil, ora com recurso mais imediato ao texto constitucional. Dessas correntes são exemplo eloquentes, de um lado, Tomasevicius Filho, para quem “a função social do contrato é um dos institutos que melhor refletem a idéia de socialidade no Código Civil Brasileiro de 2002”⁵³³ e, de outro, Nalin, o qual sustenta que “o instrumento prático de consolidação da solidariedade é a funcionalização da propriedade e

⁵²⁹ Cf. REALE, M. Visão geral do Novo Código..., p. 42.

⁵³⁰ Cf. REALE, M. Visão geral do Novo Código..., p. 40, e MARTINS-COSTA, J. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”. Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito/UFRGS, v. 2, n. 4, pp. 575-639, 2004, p. 620.

⁵³¹ MARTINS-COSTA, J. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”..., p. 610.

⁵³² Embora não se adira ao argumento axiológico, pelas razões já extensivamente apresentadas nas seções precedentes deste trabalho, é oportuno rememorar a advertência de Martins-Costa acerca da interrelação entre as diretrizes do Projeto de Código Civil (particularmente as da eticidade e da socialidade): “Ambas, eticidade e socialidade, constituem perspectivas reversamente conexas, pois as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas têm afinidade com a socialidade. A distinção ora procedida, de cunho meramente pedagógico, não faz mais do que assinalar ênfases, ora pendendo para o fundamento axiológico das normas, ora inclinando-se às suas características numa sociedade que tenta superar o individualismo, não significando, de modo algum, que uma regra ética não se ponha, também, na dimensão da socialidade, e *vice-versa*” (MARTINS-COSTA, J. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”..., p. 609).

⁵³³ TOMASEVICIUS FILHO, E. A função social do contrato: conceitos e critérios de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42, n. 168, pp. 197-214, out./dez. 2005, p. 197. O mesmo autor, no entanto e em texto posterior, aponta para uma conexão direta também com a solidariedade constitucional: “Por sua vez, a ideia de solidariedade social, veiculada pela Constituição Federal, proporcionou nova contestação das desigualdades em matéria contratual por meio da função social do contrato, a qual foi inserida no direito civil por meio do art. 421 do CC/2002” (TOMASEVICIUS FILHO, E. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 940, pp. 49-76, fev. 2014, p. 53).

do contrato”⁵³⁴. A meio caminho entre essas duas posições está, por exemplo, Martins-Costa, para quem a função social do contrato “constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado, projetando em seus *corpora* normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social”⁵³⁵.

Embora oscile entre o festejo e a lamúria da literatura jurídica brasileira, a função social do contrato costuma ser lembrada como “a mais importante inovação do Código Civil no direito contratual”⁵³⁶, um “dos maiores avanços já experimentados pela dogmática contratual hodierna, na medida em que coaduna com a clara tendência de constitucionalização do Direito Civil”⁵³⁷. Trata-se, ademais, de uma peculiaridade brasileira, como relata Schmidt, ao dizer que ela é figura praticamente inexistente como categoria dogmática em solo Europeu⁵³⁸. No Brasil, é Tartuce quem, por todos, verbaliza tal constatação:

Vale dizer que o Código Civil Brasileiro de 2002 é o único dispositivo que condiciona a liberdade contratual (ou a liberdade de contratar) à função social dos contratos. Trata-se, portanto, de criação brasileira (...). Por isso é que se pode dizer que o grande desafio da atual geração de civilistas é preencher o conteúdo do que seja essa função social dos pactos⁵³⁹.

A soma dessas percepções compartilhadas à substituição da propriedade pelo contrato como vetor da generalidade das operações econômicas e jurídicas talvez bastasse por si para justificar o escrutínio da função social do contrato no Direito Civil brasileiro contemporâneo. Mas é possível ir ainda além neste esforço justificatório: *função social do contrato* é, como se teve oportunidade de apontar,

⁵³⁴ NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*..., p. 217. Idêntica compreensão tem Barroso – cf. BARROSO, L. A. O novo Código Civil Brasileiro no momento histórico de sua publicação..., p. 19).

⁵³⁵ MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos..., p. 41.

⁵³⁶ MIRAGEM, B. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 56, pp. 22-45, out./dez. 2015, p. 23.

⁵³⁷ NALIN, P. e SIRENA, H. C. Da *estrutura à função* do contrato: dez anos de um direito construído (estudos completos). *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Lisboa, a. 2, n. 12, pp. 13983-14024, 2013, p. 14010.

⁵³⁸ SCHMIDT, J. P. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. Rio de Janeiro: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 40, out/dez. 2009, p. 146.

⁵³⁹ TARTUCE, F. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2007, p. 244.

enunciado normativo deliberadamente indeterminado. Como tal, suscita preocupações graves quanto à preservação da segurança jurídica. É o que demonstra, sem prejuízo das considerações que serão aprofundadas adiante, Wald:

se o direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência⁵⁴⁰.

No mesmo rumo, com especial preocupação com os enunciados normativos deliberadamente indeterminados, vai o parecer de Branco:

o Código provocou uma mudança de problemas: se, antes do Código vigente, o problema do Direito Contratual era o sistema fechado e estreito do Código de 1916, o grande problema do Direito Contratual, após 2003, é a identificação de parâmetros mínimos e comuns a respeito da aplicação das cláusulas gerais, e sobre como controlar as decisões judiciais que fazem a aplicação de tais cláusulas⁵⁴¹.

Tanto a aspiração à justiça quanto a preocupação com a segurança – além da sustentada não oposição entre uma e outra – tangenciam o cerne da segurança como coerência, como revela Ost: “desde o ponto de vista da segurança jurídica o que este modelo [da contratualística tradicional] perde e previsibilidade (...), ganha em capacidade de previsão e adaptação – sua segurança (...) é a do junco, que se dobra sem quebrar”⁵⁴². De mais a mais, a quase inevitável correlação da função social do contrato à tríplice constituição do Direito Civil a isso se agrega, para descer ao âmago da tese ora proposta. Assim é por permitir visualizar seu alcance e testar seus propósitos, como se passa a fazer.

⁵⁴⁰ WALD, A. Um novo Direito para a nova Economia: a evolução dos contratos e o Código Civil..., p. 93.

⁵⁴¹ BRANCO, G. L. C. Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual..., p. 115.

⁵⁴² Tradução livre. No original: “desde el punto de vista de la seguridad jurídica, lo que este modelo pierde en previsibilidad (...), lo gana en capacidad de previsión de adaptación – su seguridad (...) es la del junco, que se dobla pero no se rompe” (OST, F. Tiempo y contrato: crítica del pacto fáustico..., pp. 625-626).

3.2 A REVOLTA DOS DÂNDIS

A normativa da função social do contrato se posiciona à frente da simples tomada do perfil funcional dos institutos jurídicos e de sua funcionalização, embora também os tenha como componentes fundamentais. Nesta primeira mirada, importa não apenas a tomada da função social como a primazia de seus propósitos, em viés quase fisiológico⁵⁴³ (*perfil funcional*), como também o perscrutar da instrumentalidade prescrita pelo ordenamento jurídico ao contrato a certo(s) fim(ns)⁵⁴⁴ (*funcionalização*). Assim é que se poderá, sob os auspícios da segurança como coerência, navegar com maior sossego os mares revoltos da função social do contrato, para além dos limites acusados pelas críticas já inventariadas ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente no que toca à construção do sentido do direcionamento do governo jurídico dos contratos além do horizonte delimitado pela autonomia privada (*função social*).

O texto original do artigo 421 do Código Civil (“*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”)⁵⁴⁵ denota que o contrato, malgrado permaneça contrato⁵⁴⁶, assume novas feições; “exige

⁵⁴³ Cf. KONDER, C. N. Para além da “principalização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 13, pp. 39-59, jul./set. 2017, p. 40.

⁵⁴⁴ V. KONDER, C. N. Para além da “principalização” da função social do contrato..., p. 42, e SANTOS, D. P. S. e MENDES, E. H. Função, funcionalização e função social. In: SCHREIBER, A. e KONDER, C. N. (Coords.). *Direito Civil Constitucional*..., p. 100-103.

⁵⁴⁵ Antes mesmo da aprovação do Projeto que viria a ser o Código Civil Brasileiro, a redação do dispositivo trazia inquietações: “Na primeira versão do anteprojeto de Código Civil, o dispositivo que viria a se tornar o artigo 421 enunciava que ‘a liberdade de contratar *somente* será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’. (...) As críticas à redação inicial fizeram com que o termo ‘somente’ fosse suprimido e o dispositivo ganhasse a redação com que foi promulgado” (KONDER, C. N. Para além da “principalização” da função social do contrato..., p. 47).

⁵⁴⁶ Neste diapasão: “Mudam os fatos, mudam os homens, muda a realidade social, altera-se, por força da consequência, a arquitetura jurídica subjacente, Mas o contrato é sempre o contrato, afinal. Sob o paradigma simplesmente individualista da burguesia revolucionária francesa, ou sob o paradigma da consagração dos princípios contratuais como princípios próprios da ordem natural, ou sob o paradigma meramente dogmático de conformação do Direito com a lei, o contrato muda de feição e atende aos interesses jurídicos dos contratantes de cada época. Até que se mostra, a cada época, como insustentável ou deficiente, quando então ele se remoldura e busca sua readequação, para prosseguir como o que sempre fundamentalmente foi: um instrumento essencial da organização social” (HIRONAKA, G. M. F. N. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 97, pp. 127-138, 2002, p. 129).

mais do comprometimento ético e político de cada um desses partícipes, de modo a expandir projeção para muito além das fronteiras do mero sinalagma”⁵⁴⁷. Ele se insere, a bem dizer, a meio caminho entre o individualismo haurido do corte estrutural próprio da teoria que sustenta a abordagem tradicional aos contratos e a perspectiva funcional compartilhada pela civilística de hoje⁵⁴⁸.

Nesta ordem de ideias, o entendimento acerca da redação originária do dispositivo que inaugura a função social dos contratos no Código Civil nada tem de pacífico na civilística contemporânea. Bem ao contrário: ela é duramente criticada por importantes setores seus, havendo, inclusive, quem chegue a lhe negar qualquer significado de relevo, a exemplo de Schmidt:

De fato, aparentemente, a “função social do contrato”, positivada no art. 421 CC/2002, trouxe muita confusão e nenhum benefício para o direito brasileiro. “Função social” é um termo vazio, sem verdadeira tradição em nossa cultura jurídica comum, e pode significar tudo e nada ao mesmo tempo. Isso vem sendo confirmado a cada dia na doutrina e jurisprudência brasileiras, em que a “função social do contrato” é associada a qualquer fenômeno do direito dos contratos, da invalidade até o princípio *pacta sunt servanda*⁵⁴⁹.

Malgrado valoroso o registro desta posição áspera, não se pode olvidar dos desenvolvimentos que a temática tem apresentado na comunidade jurídica especializada. Eles permitem identificar, sobretudo se acoplados à construção da segurança jurídica como coerência, significado e consequências normativas adequados à função social do contrato. Consequentemente, comportam o início de um caminhar rumo à superação do mau ou supérfluo uso dessa normativa⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ HIRONAKA, G. M. F. N. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado..., p. 132.

⁵⁴⁸ Neste prisma, fala-se que a postura do contrato nos esquadros do contemporâneo o direciona a uma renovação de sentido, vincada na transcendência às aspirações que outrora nele predominavam, expressada pela concepção de que: “O contrato interprivado a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros” (NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)..., p. 253).

⁵⁴⁹ SCHMIDT, J. P. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado..., p. 146.

⁵⁵⁰ Estudo realizado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro a respeito da aplicação dos princípios contratuais pelo Tribunal de Justiça local acusam que em 68% das decisões que invocaram a função social do contrato, seu uso se restringiu a “mera menção na fundamentação”, bem assim que em 16% dos casos, a referência ao sintagma consta apenas da ementa do

Na comunidade jurídica brasileira e em primeiro lugar, as críticas ao texto originário do artigo 421 do Código Civil se formulam por conta da alusão à *liberdade de contratar*, em vez de *liberdade contratual*. O ataque é justificado pelo sentido que têm tais expressões: *liberdade de contratar* alcança a celebração de contratos, em sentido amplo, e não comportaria limitação em abstrato; *liberdade contratual*, de seu turno, respeita à definição do conteúdo dos contratos e poderia sofrer maior ingerência legislativa. Via de consequência “esse dispositivo legal (art. 421) não cogita da liberdade de contratar, de realizar, materialmente, o contrato, mas da liberdade contratual, que visa [sic] proteger o entabulamento negocial, a manifestação contratual em seu conteúdo”⁵⁵¹.

Em segundo lugar, à vista da mensagem de que a função social seria a *razão* da liberdade de contratar (contratual). Isto porque “a razão do contrato, como se sabe, é a autonomia privada ou a autonomia contratual. Assim, a função social acaba melhor limitando o conteúdo da avença”⁵⁵² – apontamento que, na dimensão acolhida por este trabalho, que assume a função como exigência de contributo e não como limite, em nada se relaciona a uma postura *antifuncionalista* denunciada por Konder⁵⁵³.

À vista disso tudo e ainda no alvorecer do Código de 2002, houve tentativa frustrada de alteração do texto do dispositivo em referência, consistente em projeto de Lei apresentado pelo ex-deputado Ricardo Fiúza. A despeito do fracasso da proposta de alteração legislativa, a crítica se preservou em sua inteireza no seio da literatura jurídica. Disso é prova a afirmação de Nalin, de que “Na verdade, o Código Civil não funcionaliza o contrato, mas a liberdade

judgado. É dizer: em 84% dos casos analisados fez-se tudo *menos* aplicar a função social como normativa – o que é dado alarmante, mesmo se comparado aos demais princípios do Direito dos Contratos. Cf. TERRA, A. M. V., KONDER, C. N. e CRUZ GUEDES, G. S. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In: TERRA, A. M. V., KONDER, C. N. e CRUZ GUEDES, G. S. (Coords.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 15.

⁵⁵¹ AZEVEDO, A. V. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 18.

⁵⁵² TARTUCE, F. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002...*, p. 241.

⁵⁵³ A postura é assim esquadrihada: “o receio quanto às potencialidades do dispositivo persistiram [sic], agora com relação à expressão ‘em razão de’: a liberdade de contratar deve ser exercida *em razão de* sua função social. Este movimento de reticência ao dispositivo, que se poderia chamar ‘antifuncionalista’, afirmava que a função social só poderia servir como limite, mas não se poderia exigir que ela fosse razão da tutela do contrato” (KONDER, C. N. Para além da “principalização” da função social do contrato..., p. 48).

contratual. (...) Cláusula geral que é, caberá ao intérprete apontar o sentido e a função do princípio máximo do contrato, que é o da liberdade contratual”⁵⁵⁴.

Toda esta ordem de considerações preserva sua centralidade a despeito da mudança de texto promovida pela Medida Provisória 881/2019, conhecida como “MP da Liberdade Econômica”, que, em conjunto com incontáveis alterações no perfil do governo jurídico das relações entre particulares, alterou a redação do dispositivo para:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.

Esta inovação teve o objetivo claro de exacerbar a autonomia privada, na contramão do verniz solidarista que reveste os posicionamentos mais amplamente difundidos na literatura especializada. Por isso (e por déficits de boa técnica legislativa), a grafia do dispositivo foi objeto de duras e pertinentes críticas⁵⁵⁵.

Posteriormente, com a conversão da Medida Provisória na Lei 13.874/2019, o texto foi novamente ajustado, para acolher a objeção historicamente sustentada pela comunidade jurídica especializada e para reafirmar a excepcionalidade da intervenção do Estado, em suas diversas facetas, nos pactos privados:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

⁵⁵⁴ NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional...), p. 227

⁵⁵⁵ Cf. BERCOVICI, G. Parecer sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória da Liberdade Econômica (Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019)..., pp. 198-199.

Para além da adequação do texto do *caput* do artigo 421, do Código Civil, abordadas adiante, a conversão da Medida Provisória 881/2019 na Lei 13.874/2019 trouxe consigo o parágrafo que remete à prevalência da intervenção mínima do Estado e à excepcionalidade da revisão contratual – o que é diametralmente oposto ao estado dos temas na comunidade especializada⁵⁵⁶.

Este novidadeiro texto normativo é problemático porque testilha com a realidade colhida dos dados oficiais a respeito do funcionamento do Poder Judiciário no Brasil. Isto é: toma por regra aquilo que, na realidade, é a exceção quanto ao bom e fiel cumprimento dos contratos *tal qual pactuados*⁵⁵⁷. Tal circunstância se confirma pelos números oficiais do Poder Judiciário brasileiro referentes a 2018, os quais dão conta de que as temáticas “Obrigações/Espécies de Contratos” e “Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral”, ambas umbilicalmente ligadas ao universo contratual, foram as mais recorrentes na esfera estadual de Jurisdição ao longo de 2017, totalizando um agregado de 3.705.871 (três milhões, setecentos e cinco mil, oitocentos e setenta e um) casos⁵⁵⁸. Demais disso, é certo que a complexidade das normativas fundantes do Direito dos Contratos não se debela frente à prescrição da Lei em comento⁵⁵⁹.

Outra questão, ainda neste ponto, avulta: a alusão à *intervenção* do Estado na Economia, como se fossem universos absolutamente distintos e independentes. Avulta e causa estranheza, pois o Estado (ou seu Direito) constitui e integra a ordem econômica. Isso é vislumbrado, na Economia, por North, importante expoente do Novo Institucionalismo. Em seu parecer, os desenvolvimentos institucionais não se circunscrevem apenas a organizações espontâneas, mas também à expansão do Estado e ao refinamento de seus

⁵⁵⁶ É o que destaca Bercovici: “A premissa de que os contratantes gozam de vontades ideais e uma ficção. Qualquer ato que se dê na esfera do direito está limitado pelo ordenamento e convive com múltiplos princípios conformadores” (BERCOVICI, G. Parecer sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória da Liberdade Econômica (Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019)..., p. 199).

⁵⁵⁷ Cf., a propósito, CATALAN, M. J. Na escuridão do labirinto, sem a companhia de Ariadne, tampouco a de Teseu: uma ligeira reflexão acerca da medida provisória da liberdade econômica..., pp. 11-12.

⁵⁵⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018, p. 181.

⁵⁵⁹ Cf. PEDROSA, L. La autonomia privada y la libertad contractual..., p. 387.

aparatos coercitivos⁵⁶⁰. Via de consequência, melhor seria falar em *ação* ou *atuação econômica do Estado*, em vez de *intervenção*, como sustenta Moreira:

Por outro lado, sobre ser parte integrante das relações econômicas (art. 173), hoje existe a constitucionalmente inédita positivação do Estado como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’ – expressão que é muito reveladora do papel a ele reservado. Afinal, *agente* é aquele que age: desencadeia ações, trata de negócios, exerce funções, dá causa a eventos. Mais ainda: agente econômico é a instituição – ou empresa – que efetivamente faz parte da economia, influenciando-a e sendo influenciada por ela. (...) A este agente, o sujeito-Estado, os arts. 173 e 174 da Constituição impõem o dever de conviver, regular, interagir e integrar a realidade econômica brasileira⁵⁶¹.

Mais que concessões à civilística e ruídos com a realidade do Direito e da Economia brasileiros, as inovações legislativas ora albergadas pela Lei 13.874/2019, embora sagazmente alcunhada de *declaração* de Direitos de liberdade econômica⁵⁶², acirram o debate acerca do sentido de função adequado para enfrentar as viragens que marcam os institutos fundamentais de Direito Civil em geral e o contrato em especial.

Tal acirramento se pronuncia sobretudo em duas ordens. A primeira, voltada ao alcance da função social do contrato e ao contraste ou conjugação de suas eficácias interna (ou endógena) e externa (ou exógena). A segunda,

⁵⁶⁰ Diz o autor: “a evolução institucional encerra não apenas organizações voluntárias que expandiram a troca e fizeram transações serem mais produtivas, mas também o desenvolvimento do Estado para assumir a proteção e o *enforcement* de direitos de propriedade, à medida em que transações impessoais tornaram caro demais fazê-lo por intermédio de organizações voluntárias que careciam de poder coercitivo”. Tradução livre. No original: “*the institutional evolution entailed not only voluntary organizations that expanded trade and made exchange more productive, but also the development of the state to take over protection and enforcement of property rights as impersonal exchange made contract enforcement increasingly costly for voluntary organizations which lacked effective coercive power*” (NORTH, D. Institutions..., p. 109).

⁵⁶¹ MOREIRA, E. B. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, a. 11, n. 44, pp. 87-118, out./dez. 2013, p. 105.

⁵⁶² A força retórica da *declaração* tem sua flacidez normativa desnudada por Bercovici: “Não bastasse isso, a proposta de, por meio de medida Provisória, instituir uma Declaração de Direitos de Liberdade Econômica é totalmente inconstitucional. Além de se tratarem de direitos e garantias já assegurados constitucionalmente, o artigo 62, § 1º, “a” da Constituição de 1988 proíbe expressamente a edição de medida provisória sobre matéria relativa à cidadania. Aliás, caso fosse possível, estaríamos diante de um curioso caso de uma “declaração de direitos” baixada por ato do Poder Executivo, sem a participação e os debates do Poder Legislativo” (BERCOVICI, G. Parecer sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória da Liberdade Econômica (Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019)..., p. 170).

atinente ao sentido mesmo de função social, cujo esboço molda as repercussões da normativa extraível daquele enunciado normativo indeterminado. E a demonstração da aplicabilidade da tese da segurança como coerência, com os propósitos descortinados nas seções anteriores, pressupõe um operativo delinear de tais aspectos.

As opções legislativas em matéria de função social, bem assim setor não desprezível da comunidade jurídica especializada, falam em função social como limite⁵⁶³, seja interno ou imanente – que faz coincidir o escopo de proteção de um direito a sua garantia efetiva –, seja externo – que remete apenas à dimensão negativa do excesso ou do abuso⁵⁶⁴. Conquanto seja assim, há conhecida inclinação na comunidade jurídica brasileira a seu vislumbre como exigência de *contributo*⁵⁶⁵. Em nem poderia ser diferente, pois “Toda função é uma competência dirigida a uma finalidade”⁵⁶⁶. Assim: “A função não é mero limite a autonomia, mas, sim, contributo, ou seja, algo que o contrato deve realizar em favor de alguém”⁵⁶⁷ – seja(m) este(s) o(s) contratante(s), indivíduos determinados, coletividades determinadas ou indeterminadas, ou ainda a sociedade em geral. A função social do contrato, então e nesta primeira olhada, se encontra entre a limitação e o contributo, com maior pendor da comunidade especializada nesta direção.

⁵⁶³ A propósito: “O princípio da função social do contrato, insculpido no art. 421, do CC/02, é um mandado de otimização, sendo certo que função social é um fator limitativo da liberdade de contratar, inclusive no que se refere ao próprio conteúdo da liberdade contratual” (HORA NETO, J. O princípio da função social do contrato no Código Civil Brasileiro de 2002. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 14, pp. 38-48, abr.-jun./2003, pp. 39-40). Na mesma linha: “tendo em vista que a intenção do legislador ao conceber um novo código civil foi romper com o individualismo, não é de se estranhar que este busque dar uma feição mais solidária aos negócios jurídicos, condicionando a liberdade de contratar a uma função social. Embora o contrato seja um meio de circulação de riqueza, esta não pode ser auferida com o menosprezo da dignidade humana” (FERREIRA, G. P. Z. *A função social do contrato*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 65); e “apesar de inexistir lei ordinária vigente que regulamente função social do contrato, este já se apresenta funcionalizado, por força constitucional, desde outubro de 1988” (NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional..., p. 230).

⁵⁶⁴ Cf. MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos..., p. 48.

⁵⁶⁵ Cf. PENTEADO, L. C. *Direito das Coisas*. 2ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 200-201.

⁵⁶⁶ MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos..., p. 47.

⁵⁶⁷ PIANOVSKI RUZYK, C. E. e BÜRGER, M. L. D. M. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato..., p. 7.

O conteúdo e o alcance deste contributo, deste algo em benefício de alguém, varia conforme o sentido dado à função social. Neste campo, contendem diretrizes de três ordens: (i) uma que reduz a função social à chamada eficácia externa (extrínseca ou transubjetiva) e, portanto, alheia às partes da relação obrigacional conformada pelo contrato; (ii) outra que a circunscreve apenas aos contratantes (eficácia interna, intrínseca ou intersubjetiva); e (iii) uma posição intermediária, que compatibiliza ambos os vetores eficaciais na função social do contrato.

A eficácia extrínseca (também externa ou transubjetiva) da função social dos contratos é explicada em tensão com a relatividade de seus efeitos, corolário da autonomia privada e da força obrigatória das avenças. Trata-se de transcender a eficácia *inter partes*, para permitir a vinculação também de terceiros ao contrato. A propósito:

os contratos são, antes de mais, fatos sociais. Em graus e medidas diversas podem afetar – e positivamente afetam – quem deles não tomou “parte”. Trata-se, então, de perceber no Direito Contratual os reflexos de um fenômeno bem mais amplo – fenômeno da transindividualidade – que, no Direito Processual contemporâneo tem expressão nos instrumentos que tutela os chamados interesses difusos e coletivos. Na base dessa constatação situa-se a percepção das eficácias transindividuais decorrentes do princípio da função social⁵⁶⁸.

Isto pode se dar por vias as mais diversas, seja com esteio em relações funcionais de diversas operações econômicas, seja mediante imposição de um dever de abstenção.

Na primeira dimensão, a função social emergiria como uma inevitável resposta normativa à problemática das redes contratuais, qualificada “mediante a averiguação objetiva dos seguintes requisitos: a) conexão entre contratos; b) o surgimento de uma causa sistemática; e c) a verificação de um propósito comum”⁵⁶⁹. Assim, o enfeixamento de diversas operações econômicas entre agentes diversos com vistas a escopos comuns conduziria à extração, pela via

⁵⁶⁸ MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre a função social dos contratos..., p. 54.

⁵⁶⁹ LEONARDO, R. X. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 832, pp. 100-111, fev. 2005, p. 103.

indutiva, de deveres reconduzíveis à função social do contrato⁵⁷⁰. Da interligação do perfil funcional de diversos contratos, surge, pois e como espécie de concessão a necessidades concretas, uma manifestação da função social dos contratos⁵⁷¹.

Na segunda dimensão referida, ela seria a razão jurídica para enfraquecimento da relatividade de efeitos dos contratos e viabilidade de sua oposição a terceiros. Seria, a bem dizer, um veículo da tutela externa do crédito ou da eficácia externa das obrigações, no bojo da advocacia pelo objetivo de *harmonização social* por intermédio dos contratos. Diz-se, então:

o princípio da função social do contrato possibilita a imposição de um determinado contrato mesmo àqueles que não o integram, obrigando-lhes a respeitá-lo. Como visto, este princípio tem o escopo de impedir que terceiros pratiquem atos que saibam ser prejudiciais ou comprometedores da satisfação do crédito alheio, sob pena de responder delitualmente⁵⁷².

Embora esta percepção integre uma espécie de *communis opinio*, há discordâncias atinentes ao regime de responsabilidade o terceiro que interfere destrutivamente na relação obrigacional alheia, bem assim à (im)pertinência da função social como elemento de justificação da tutela externa do crédito. É o que se vê em Pinheiro e Glitz, os quais têm que a unidade do ato de violação a direito deve importar consequência igualmente unitária⁵⁷³ – posição de impacto

⁵⁷⁰ Nesta singra, diz Martins-Costa: “Sob esse último ponto de vista, a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros, ou em outros contratos, está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das ‘esferas contíguas’ limites internos que, na convivência ordenada e civil, descendem da socialidade” (MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos..., p. 56).

⁵⁷¹ Semelhante linha de raciocínio é desenrolada em HADDAD, L. G. *Função social do contrato...*, pp.171-193. Cf., também, KONDER, C. N. Para além da “principlialização” da função social do contrato..., p. 52.

⁵⁷² FERREIRA, G. P. Z. *A função social do contrato...*, p. 114. No mesmo sentido: “No Brasil, é possível fundamentar a atribuição de tais deveres laterais de conduta às partes, em benefício de terceiros, e a terceiros, em benefício das partes, nos arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil. (...) uma das principais consequências das previsões legais sobre a função social dos contratos consiste em oferecer fundamento para que tais casos sejam trazidos para o campo mais favorável da responsabilidade contratual” (HADDAD, L. G. *Função social do contrato...*, pp. 156-157).

⁵⁷³ Segundo os autores, o terceiro “É responsabilizado como se fosse contratante, fundamentada em solidariedade decorrente da lei. Eis que terceiro e devedor concorreram para lesão ao direito

reforçado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando da apreciação dos Embargos de Divergência em Recurso Especial número 1.281.594/SP, acerca dos diferentes prazos prescricionais das responsabilidades contratual e extracontratual⁵⁷⁴. Quanto à questão de fundamento, Pianivski Ruzyk e Bürger demonstram que a tutela externa do crédito decorre da pluralidade de modos de eficácia negocial, a qual antecede a função social do contrato, de modo que esta seria mal-empregada na justificação daquela⁵⁷⁵.

Outra abordagem à eficácia externa da função social do contrato se reporta a garantias institucionais, ou seja, posições jurídicas protegidas de perfil transcendente ao individual. É dizer: “o sentido da justificação do contrato a partir de sua função social está em reconhecer que o contrato (...) é um instrumento de organização social e econômica. Como tal deve ter em conta os interesses –

do credor. A unidade no ato de violação do direito de crédito impõe a unidade da obrigação de reparação. Ocorre uma aproximação entre as responsabilidades extracontratual e contratual decorre do princípio da solidariedade constitucional. A imposição de deveres (...) decorrentes da boa-fé objetiva, não se restringe aos contratantes, mas alcança terceiros. A violação do dever de lealdade e colaboração, por parte destes últimos, determina sua responsabilidade” (PINHEIRO, R. F. e GLITZ, F. E. Z. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso “Zeca Pagodinho”. In: TEPEDINO, G. e FACHIN, L. E. (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 325).

⁵⁷⁴ Nesta ocasião, o STJ decidiu, por maioria, que a acessoriedade das perdas e danos relativamente ao cumprimento específico da prestação principal no contexto de obrigações negociais impõe que o prazo prescricional da pretensão relacionada a ele – dez anos – seja o mesmo daquela – que se cogitava ser trienal. Assim: “a natureza secundária das perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual tem notória importância, devendo necessariamente seguir a sorte da relação obrigacional preexistente. Nesse diapasão, não se mostra coerente ou lógico admitir que a prestação acessória prescreva em prazo próprio diverso da obrigação principal, sob pena de se permitir que a parte lesada pelo inadimplemento promova demanda visando garantir a prestação pactuada, mas não mais possa optar pelo ressarcimento dos danos decorrentes”. Por esta via e nas palavras do Ministro Felix Fischer, signatário do voto condutor, viabiliza-se o atendimento ao desiderato da prescrição, a qual “existe para que fatos sejam consolidados pelo decurso do tempo, conferindo certeza e estabilidade às relações jurídicas”. Da mesma forma, a uniformização de entendimento neste sentido, a um só tempo, a uma tradição secular e às orientações da literatura jurídica hodierna a nível mundial.

⁵⁷⁵ Dizem: “não é este princípio que permite a eficácia transpessoal do contrato; pelo contrário, somente pelo reconhecimento de uma eficácia externa da obrigação que se pode conceber a existência e eficácia de uma função social, cuja atuação seja externa ao contrato. A função social não é antecedente, mas, sim, consequente da admissão de uma eficácia transpessoal às obrigações, como reforço à sua oponibilidade externa. (...) A resposta, portanto, está na teoria do fato jurídico, mais especificamente nos planos eficaciais” (PIANOVSKI RUZYK, C. E. e BÜRGER, M. L. D. M. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato..., p. 19). V., no mesmo sentido: BERGSTEIN, L. e TRAUTWEIN, J. R. A tutela externa do crédito: aplicabilidade e fundamentação adotada pelos tribunais. *REDES: Revista eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 7, n. 3, pp. 121-134, dez. 2019.

não particulares, mas institucionais – que o cercam”⁵⁷⁶. Tais garantias teriam as seguintes características:

As garantias institucionais têm características bem distintivas. Em primeiro lugar, todas elas são a um tempo destinadas à proteção do interesse de cada indivíduo e de sua coletividade, seja ela numericamente determinável ou não.

Mais, ainda, em todas elas o interesse institucional é jurídica e economicamente destacável do interesse individual. Juridicamente, na medida em que a lei, ou a doutrina, se encarregam de estabelecer instrumentos protetores especiais e diversos dos instrumentos protetores dos interesses privados para esses especiais interesses (...). Economicamente, porque a proteção da referida garantia institucional deve representar uma utilidade para a coletividade que não se confunda com a utilidade individual e também inconfundível com a utilidade pública.

(...)

Finalmente, os interesses institucionais devem ser dotados de reconhecimento jurídico e social. Basta o reconhecimento constitucional dos interesses (por exemplo: meio ambiente, defesa da concorrência) para que sua proteção como garantia institucional seja imperiosa (desde que obviamente presentes os requisitos mencionados anteriormente)⁵⁷⁷.

Via de consequência, a função social dos contratos consistiria em válvula de abertura ao aplicador do Direito, para corrigir eventuais infringências, por contratações privadas, a garantias institucionais, com clara vantagem relativamente à técnica legislativa regulamentar⁵⁷⁸. Isso, sobretudo, no que toca às diversas dimensões da proteção jurídica ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, as quais, na ambiência do trânsito jurídico, levam a ainda outro qualificador à função dos contratos: uma *função ambiental*⁵⁷⁹. Seu reconhecimento é decorrência da ubiquidade do direito ao meio ambiente

⁵⁷⁶ SALOMÃO FILHO, C. Função social do contrato: primeiras anotações..., p. 79.

⁵⁷⁷ SALOMÃO FILHO, C. Função social do contrato: primeiras anotações..., pp. 73-74.

⁵⁷⁸ V. HADDAD, L. G. *Função social do contrato...*, p. 197. Também se pode cogitar da função social do contrato em função de preocupações contratuais com a realização dos Direitos Humanos, à moda do que se vê, no ambiente internacional, com a incorporação das chamadas cláusulas éticas. Cf., a propósito: NALIN, P. e PIMENTEL, M. O contrato como ferramenta da realização dos Direitos Humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas. *Revista internacional CONSINTER de Direito*. Porto, a. 5, n. 8, pp. 459-478, jan.-jun./2019.

⁵⁷⁹ Cf. BARROSO, L. A. O conceito e as funções do contrato. In: BARROSO, L. A. *A realização do Direito Civil...*, pp. 63-64; e, mais extensivamente, BARROSO, L. A. A função ambiental do contrato. In: BARROSO, L. A. *A realização do Direito Civil...*, p. 75.

equilibrado e da consequente “imprescindibilidade de adequação dos pactos à manutenção do equilíbrio ecológico”⁵⁸⁰. A respeito, sustenta Martins-Costa:

A Constituição Federal situa a defesa do meio ambiente como um dos princípios cardiais da ordem econômica (Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, art. 17, VI), consistindo a preservação do meio ambiente, na forma do art. 186, II, da mesma Constituição, uma das condições de concretização da função social da propriedade rural. O art. 225 – que inaugura o Capítulo IV do Título VIII constitucional – assegura “a todos” o *direito* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; qualifica o meio ambiente entre os bens, como “bem de uso comum do povo”; atribui-lhe o caráter de *essencialidade* à sadia qualidade de vida (princípio da essencialidade do meio ambiente). Assim, em consonância a essa especial qualificação, a atividade contratual não apenas deve ser “não-lesiva”, deve ser *preventiva e promocional do meio ambiente*. Como consequência, não apenas a responsabilidade contratual pela segurança e garantia do meio ambiente deve ser estendida a toda a cadeia contratual, caso haja dano, quanto se impõe aos contratantes *deveres positivos de atenção, prevenção, resguardo e fiscalização*⁵⁸¹.

Este argumento, embora decerto bastante elaborado, é enfraquecido pelo frequente recurso de seus postulantes a perspectivas fundadas em valores (constitucionais ou não). Mas consiste em importante vetor da averiguação do alcance da função social do contrato à luz da literatura jurídica brasileira atual⁵⁸². O aporte da segurança como coerência pode vir a seu socorro, no plano aplicativo, mas, como se verá adiante, ele conduz ao reposicionamento de algumas das premissas do cotejo entre eficácias interna e externa da função social do contrato, tornando-o, talvez, despiciendo.

É certo, contudo e a despeito das pertinentes críticas a certos desdobramentos da eficácia externa, que se trata de importante expressão da função social do contrato, havendo, mesmo, quem sustente ser este o único perfil eficaz de tal normativa⁵⁸³.

⁵⁸⁰ BRASILEIRO BORGES, R. C. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente..., p. 240.

⁵⁸¹ MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos..., pp. 56-57.

⁵⁸² V. BRASILEIRO BORGES, R. C. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente..., p. 241.

⁵⁸³ Exemplo claro está na afirmação de Theodoro Junior: “Quando o art. 421 do novo Código Civil Brasileiro fala em *função social* para o contrato está justamente cogitando dos seus efeitos externos, isto é, daqueles que podem repercutir na esfera de terceiros” (THEODORO JUNIOR,

A eficácia interna (também intrínseca ou intersubjetiva⁵⁸⁴) da função social do contrato, por sua vez, define-se em função da proteção das pessoas dos contratantes e de suas respectivas esferas jurídicas, tanto em perspectiva estática quanto em viés dinâmico⁵⁸⁵. Por ela, segundo Tomasevicius Filho, seria viável um controle reforçado do desequilíbrio contratual:

É possível (...) estabelecer um critério para a aplicação da função social do contrato em sentido amplo: quando um dos contratantes obtiver vantagens injustificadas em um contrato, que implicar uma má circulação dos direitos de propriedade, e não houver um instituto jurídico próprio para a correção dessa anomalia, aí sim se aplica a função social do contrato. Do contrário, a aplicação da função social do contrato implicará enriquecimento sem causa para a outra parte. (...) o critério para a aplicação da função social do contrato em sentido estrito é o seguinte: a liberdade de contratar deve atender à função social do contrato, somente quando o contratante estiver obtendo vantagens injustificadas, porém lícitas, ou à custa da produção de externalidades⁵⁸⁶.

Embora este recorte guarde correlação com a ordem de ideias que informa a eficácia intersubjetiva da função social do contrato, a literatura costuma ir bastante além. Daí se dizer que é por seu intermédio que se impõem “deveres positivos aos contratantes, pois o direito subjetivo de contratar (...) já nasce conformado a certos deveres de prestação”⁵⁸⁷. Ela se exprimiria, destarte, por reconsiderações que alcançam da força obrigatória dos contratos à nulidade de cláusulas contratuais afrontosas a dispositivos de ordem pública, passando pela proteção dos vulneráveis em cada relação contratual concreta, a vedação à

H. *O contrato e sua função social*: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 43). Na mesma esteira: “A *fattispecie* de aplicação do princípio da função social do contrato deve ser considerada caracterizada sempre que o contrato puder afetar de alguma forma interesses institucionais externos a ele. Não se caracteriza, portanto, a *fattispecie* nas relações contratuais internas (i.e., entre as partes do contrato). E por duas razões. Em primeiro lugar pela própria ligação histórica e de essência da expressão aos interesses institucionais, que, como visto, não se confundem com os individuais. Em segundo porque uma aplicação da expressão às partes contratantes levaria a tentativas assistemáticas e difusas de reequilíbrio contratual” (SALOMÃO FILHO, C. *Função social do contrato: primeiras anotações...*, pp. 78-79).

⁵⁸⁴ Esta última designação é preferida por Martins-Costa – v. MARTINS-COSTA, J. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos...*, p. 50.

⁵⁸⁵ Cf. HADDAD, L. G. *Função social do contrato...*, p. 49.

⁵⁸⁶ TOMASEVICIUS FILHO, E. *A função social do contrato: conceitos e critérios de aplicação...*, p. 211.

⁵⁸⁷ MARTINS-COSTA, J. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos...*, p. 50.

onerosidade excessiva, o princípio da conservação dos contratos e a proteção de posições jurídicas inerentes à ou decorrentes da dignidade humana⁵⁸⁸. Por esta via se pode cogitar de modulações da intensidade da função social conforme a essencialidade do objeto do contrato *vis a vis* seu caráter supérfluo, bem assim conforme o caráter comunitário ou não de determinadas operações contratuais⁵⁸⁹.

Esta acepção da função social se relaciona, ainda, à ideia de causa contratual⁵⁹⁰ – isto é: à multifacetada construção que a um só tempo qualifica os contratos, confere-lhes ou nega-lhes juridicidade e limita a autonomia dos contratantes⁵⁹¹. Muito discutida pela literatura especializada, a noção de causa contratual tem sido identificada como a síntese dos efeitos essenciais do contrato ou, ainda, como a *finalidade* social deles, a qual lhes cominaria eficácia jurídica⁵⁹². Diante desta caracterização colhida da literatura jurídica brasileira dentro do escopo da presente investigação, a afirmação legislativa da função social como *razão* da liberdade contratual imporia o vislumbre de um amálgama entre ela e a causa do contrato. Isto é revelado pelo parecer de Branco, que toma a função social “como um controle sobre a relação entre o ato de liberdade contratual e os fins socialmente típicos ou como instrumento de compatibilidade entre meios e fins”⁵⁹³. Tal abordagem, embora não esgote a eficácia interna da função social do contrato⁵⁹⁴, crava que nela residiria o “valor justificatório da existência do contrato”⁵⁹⁵, o que importa sua percepção pela sociedade como

⁵⁸⁸ V. TARTUCE, F. *Função social do contrato...*, pp. 415-416.

⁵⁸⁹ Cf. MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos..., pp. 52-53.

⁵⁹⁰ Cf. PENTEADO, L. C. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 265.

⁵⁹¹ Cf. BODIN DE MORAES, M. C. A causa dos contratos. In: BODIN DE MORAES, M. C. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional...*, p. 314.

⁵⁹² Cf. TARTUCE, F. *Função social dos contratos...*, p. 257; e HADDAD, L. G. *Função social do contrato...*, pp. 112-120.

⁵⁹³ BRANCO, G. L. C. A aplicação do art. 421 do Código Civil e a função social dos contratos nas relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 160, pp. 123-140, nov./dez. 2014, p. 128.

⁵⁹⁴ TARTUCE, F. *Função social dos contratos...*, p. 259.

⁵⁹⁵ ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 815, pp. 11-31, set. 2003, p. 30.

algo útil, o que importaria, na medida do juridicamente admissível, a preservação da operação econômica desenhada pelas partes.

Neste primeiro corte da eficácia interna da função social do contrato, então, tem-se que:

a função social do contrato desempenha uma importante finalidade no sentido de evitar que o ser humano se torne vítima de sua própria fragilidade ao ingressar em uma relação contratual. Em outras palavras, o princípio da função social do contrato visa *[sic]* resguardar a pessoa diante de situações em que, mesmo sob o manto da liberdade contratual, culminem por convertê-la em um meio para obtenção de fins alheios, contrários aos anseios do ordenamento⁵⁹⁶.

Sem embargo das dificuldades decorrentes do alcance de algumas das categorias aqui empregadas, este perfil da função social dos contratos recai nos vezos do paternalismo autoritário⁵⁹⁷ (visa a proteger a pessoa de si mesma, a despeito de sua liberdade e da responsabilidade por suas escolhas) e da possível trivialização de enunciados normativos deliberadamente indeterminados, mas fundamentais, que se atribui ao Direito Civil Contemporâneo.

Em contraponto, mas também sem espinha para erigir resposta suficiente à comunidade jurídica brasileira do presente, autores mais preocupados com as relações entre Direito e Economia propõem leitura bastante diversa. Partem do pressuposto de que os mercados “têm na base uma teia ou rede de contratos que compreendem a cadeia produtiva incluindo o elo final, o consumidor”⁵⁹⁸, bem assim que operam por mecanismos redutores de ineficiências e maximizadores de bem-estar. Neste prisma, relata Sztajn, “se qualquer elo da rede de operação sofrer os efeitos de leitura ideológica na interpretação do art. 421 do CC/2002,

⁵⁹⁶ FERREIRA, G. P. Z. *A função social do contrato...*, pp. 91-92.

⁵⁹⁷ Este traço sombrio do Código Civil brasileiro é assim identificado por Penteado, em excerto que deve ser contemporizado pelo verniz avesso à “intervenção” pública nos contratos privados da Lei 13.874/2019: “parece que o modelo do Código Civil é mais adequado a um pensamento estatista e controlador. Modelos que autorizam a intervenção judicial no ambiente contratual sem qualquer limite tendem a concretizar um paternalismo em que o Estado determina, ao fim das contas, o que é o justo para o indivíduo, praticamente aniquilando o papel deliberativo do indivíduo” (PENTEADO, L. C. *Efeitos contratuais perante terceiros...*, p. 263).

⁵⁹⁸ SZTAJN, R. Mercados e a função social do contrato. *Revista de Direito Empresarial*. São Paulo, v. 12, pp. 19-33, nov./dez. 2015, p. 20.

inevitável sua repercussão sobre os demais”⁵⁹⁹ – repercussão, à toda evidência, negativa e geradora de disfunções⁶⁰⁰.

O próprio governo jurídico dos contratos pelo Código Civil é posto em questão, ao argumento de que o legislador teria manifestado forte inclinação *solidarista*, empunhando, portanto, a bandeira da solidariedade orgânica. Como consequência, ter-se-ia assumido a meta de erigir racionalidade voltada à distribuição dos benefícios do capitalismo em prol dos menos favorecidos, em recorte preponderantemente substancialista⁶⁰¹ – muito embora se tenha por habitual o cuidado de, no escrutínio da função social, explicitar que “a noção de *social* se refere à sociedade, e não às pessoas ou classes sociais desfavorecidas”⁶⁰².

Nesta senda, a intenção de dar concretude à função social do contrato⁶⁰³ deveria ser contemporizada por uma cuidadosa apreciação das consequências econômicas de qualquer ingerência no jogo do mercado⁶⁰⁴. Isto pelo fato de que o interesse social nem sempre requer “interferir no contrato em favor de uma das partes. (...) muitas vezes, o risco ou mesmo o prejuízo da interferência é distribuído entre a coletividade, que acaba por pagar pelo inadimplente judicialmente protegido”⁶⁰⁵.

⁵⁹⁹ SZTAJN, R. Mercados e a função social do contrato..., p. 20.

⁶⁰⁰ Cf. TIMM, L. B. Aspectos gerais: pressupostos teóricos do novo Código Civil. In: TIMM, L. B. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44.

⁶⁰¹ Cf. TIMM, L. B. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo social. In: TIMM, L. B. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

⁶⁰² FERREIRA, G. P. Z. *A função social do contrato...*, p. 89.

⁶⁰³ Sobretudo por meio de intervenções voltadas a “corrigir o desequilíbrio de poder no espaço do contrato e distribuir o resultado econômico do relacionamento entre as partes para corrigir a desigualdade social, não importando (...) os reflexos no sistema econômico. Em uma análise econômica, esse raciocínio não faz sentido” (TIMM, L. B. *Direito, economia e a função social do contrato...*, p. 72).

⁶⁰⁴ “Esses elementos somam-se para demonstrar que, embora tenha sido, em relevante medida, gerada naquilo que aqui se chama de *welfarismo* contratual, a função social do contrato reclama uma interpretação e, principalmente, uma aplicação que transcenda esse movimento. Nesse caminho, a vigilância sobre o cumprimento da função social dos contratos volta-se para a análise dos efeitos globais dos contratos e dos arranjos contratuais para a organização da economia e da sociedade, bem como das consequências que uma ou outra decisão gera ou pode gerar a esse respeito” (HADDAD, L. G. *Função social do contrato...*, p. 129).

⁶⁰⁵ TIMM, L. B. *Direito, economia e a função social do contrato...*, p. 68.

De tudo isso se colhe que, para os advogados desta linha de argumentação, o contrato desempenharia sua função social apenas na medida em que veiculasse a coordenação de interesses e a juridicização de uma operação econômica livremente acordada entre agentes⁶⁰⁶. Isto é: o contrato, ao realizar seu propósito econômico, esgotaria sua função social, pois reforçaria o feixe de relações que integram o mercado, reduzindo, com isso, custos de transação e enfrentando eventuais imperfeições do mercado⁶⁰⁷. Em resumo, então:

O sistema jurídico deve estimular a segurança, portanto e ter presente a importância da previsibilidade, para fomentar a ética quanto ao cumprimento voluntário de “promessas”, e dispor de instrumentos para punir os inadimplentes.

(...)

No que diz respeito à alocação de riscos entre os contratantes, a regras que disponham sobre a repartição dos benefícios e dos ônus, mereciam maior atenção do legislador em 2002 sendo certo que o art. 421 do CC/2002 não serve para suprir lacunas existentes em contrato. (...) Conclusão: a liberdade de contratar é fundamental para aumentar o bem-estar de todos. Essa a função social do contrato, criar bem-estar⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ Muito embora em viés bastante diverso, alguns traços deste argumento estão presentes também em Branco, para quem: “Tratar da função social dos contratos como efeito da adoção da solidariedade representa afastar a função social do contrato da liberdade contratual, transformando-a em limite externo que é aplicado quando a liberdade contratual cede seu lugar, aos moldes de um princípio jurídico. Porém, a função social dos contratos não está afastada da liberdade contratual, pois a unidade de sentido produzida por ambos forma o modelo jurídico do contrato na sociedade contemporânea, com sua factualidade social e sua capacidade ímpar de permitir a realização da autodeterminação, mediante a preservação de uma competência aos particulares” (BRANCO, G. L. C. Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, a. 1, n. 1, 2012, pp. 114-141, p. 136).

⁶⁰⁷ É o que afirma Timm, ao concluir seu argumento por um modelo econômico de contrato: “Diante desses aspectos, seguindo-se nesta linha de raciocínio de um paradigma econômico de contrato, o que o direito contratual pode oferecer ao mercado e qual é a sua função social – e com base na qual se poderia interpretar economicamente o artigo 421 do Código Civil/ a) oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção jurídica; b) minimizar problemas de comunicação entre as partes; c) salvaguardar os ativos de cada um dos agentes; d) criar proteção contra o comportamento oportunista; e) gerar mecanismos de ressarcimento e de alocação de risco; f) facilitar a interação com o direito antitruste, a regulação do mercado acionário, com a proteção ambiental e ao consumidor em casos específicos. Em síntese, o direito contratual dentro do modelo econômico de contrato confere segurança jurídica e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos – o que corresponde a um importante papel institucional e social. O sistema tributário (e o direito público como um todo) providenciará a distribuição de riqueza” (TIMM, L. B. *Direito contratual brasileiro...*, pp. 213-214).

⁶⁰⁸ SZTAJN, R. Mercados e a função social do contrato..., p. 26.

Tal leitura, embora importante para sublinhar aspectos centrais da Teoria e da Prática do Direito Contratual – contratos são, afinal, a vestimenta jurídica de operações econômicas⁶⁰⁹ –, não bastam para prover repostas suficientes e coerentes ao ordenamento jurídico brasileiro atual, a despeito das inovações promovidas pela Medida Provisória 881/2019, hoje Lei 13.874/2019, e malgrado o alinhamento à já identificada tendência de falar em função social como contributo⁶¹⁰, a partir de seus efeitos intrínsecos.

Enfim – e aqui está a maior parte dos autores especializados⁶¹¹ –, significativa parcela da literatura vê a função social dos contratos como normativa dotada de dupla eficácia. Esta visão, muito simplificada, conjuga os dois vetores analisados em prol de uma acepção unitária e de maior alcance. Isto, todavia, não basta para blindar o enunciado deliberadamente indeterminado *função social do contrato* contra os reclamos dos que veem, na indeterminação normativa, um problema irremovível para a segurança jurídica⁶¹², bem assim uma faceta do calcanhar de Aquiles do Direito Civil Contemporâneo. Importa, pois, ir além e identificar, malgrado as hesitações da função social do contrato, um caminho de sistematização ancorado na segurança como coerência.

⁶⁰⁹ Neste ponto, é célebre a afirmação de Roppo: “Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim e si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resulta vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível” (ROPPO, E. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 9).

⁶¹⁰ PIANOVSKI RUZYK, C. E. e BÜRGER, M. L. F. M. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato..., p. 7.

⁶¹¹ E.g.: GODOY, C. L. B. *Função social do contrato...*, TARTUCE, F. *Função social dos contratos...*, FERREIRA, G. P. Z. *A função social do contrato...*, NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-moderno...*, MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos..., etc.

⁶¹² A propósito: “a grande preocupação da doutrina foi com a aplicação do art. 421 pelo Poder Judiciário e as consequências danosas que disso poderia resultar para as partes e para o funcionamento da economia (...) gerando insegurança jurídica” (TOMASEVICIUS FILHO, E. Dez anos de aplicação da função social do contrato..., p. 58).

3.3 ORDO AB CHAO: SEGURANÇA COMO COERÊNCIA E O MOSAICO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A problemática da função social do contrato perpassa três aspectos: (i) os sentidos de *função* e de *social*; (ii) sua relação com a liberdade de contratar; e (iii) a indeterminação intencional dos textos normativos que a consagram – particularmente do artigo 421 do Código Civil, vez que seu artigo 2.035, parágrafo único, faz pouco além de qualificar o preceito anterior como de ordem pública e ratificar, redundantemente, a nulidade de convenções particulares que o afrontem.

O enfrentamento dessas três facetas pressupõe, à luz do desenvolvido até aqui, a delimitação de um quadro de referência, em cujo bojo se possa averiguar se e em que medida as soluções propostas são *coerentes* com o atual estado do governo jurídico das relações entre privados. Ou seja: se, a despeito de comportarem exceção, face ao caráter abduativo do raciocínio que a elas conduz ou da pragmática do Direito, *fazem sentido* com a totalidade do conjunto de posições assim estabelecido⁶¹³.

No que pertine ao verbete *função*, sobretudo na ambiência do trânsito jurídico, diagnosticou-se uma direta conexão à promoção e proteção da dignidade humana, a qual tem como espinha dorsal um princípio de *liberdade*. Mas com um sentido antes plural que monolítico de liberdade; isto é: de sua tomada em múltiplos e complementares perfis. Função e liberdades, então, integram uma espécie de amálgama no estatuto dos contratos, à moda do que se passa nos demais institutos fundamentais de Direito Civil. Via de consequência, a função social não é limite nem razão do exercício da liberdade qualificada de *contratual*. Ela é um direcionamento desta à maximização de liberdades. E isso engloba tanto a liberdade negativa dos contratantes quanto as liberdades positiva e substancial suas e de todos os afetados, em caráter mais

⁶¹³ Tal esforço é fundamental, conforme adverte Tomasevicius Filho, em excerto ao qual se acresce, apenas, que a preocupação externada quanto à justiça toma em conta uma concepção jurídica sua, a sinalizar o já referido propósito de fazer justiça conforme o Direito, não direito conforme a Justiça: “é preciso refletir sobre o alcance dos efeitos da função social do contrato, a fim de evitar que a aplicação desse instituto possa-se revelar injusta, ainda que bem intencionada” (TOMASEVICIUS FILHO, E. A função social do contrato: conceitos e critérios de aplicação..., p. 210).

ou menos imediato, pela contratação entabulada. Deste modo, confirma-se o diagnóstico constitucional quanto à liberdade econômica: “O limite da livre iniciativa é o respeito à essência da Constituição, ou seja, a busca de condições sociais de vida e mais bem estar para todos”⁶¹⁴. Percepção semelhante é advogada por Catalan:

O Direito, hodiernamente, direcionou seus holofotes à experimentação de liberdades positivas por parte de todos e, concomitantemente, à promoção da isonomia substancial. Quanto a essa última figura, aliás, é preciso ressaltar que seus contornos normativos há algum tempo ultrapassaram as fronteiras delineadoras da igualdade formal outrora grafada, com *tons carmins*, nas Constituições e Códigos decimonônicos⁶¹⁵.

Em verdade, ao menos desde a demonstração de que a promoção de liberdades conforma o núcleo da função dos institutos fundamentais de Direito Civil⁶¹⁶, é possível afirmar que os contornos normativos de *ambas* as figuras (liberdades e igualdade) se preenchem de novas e mais ricas cores. Quanto ao contrato, particularmente, sinais dessa percepção se desenhavam mesmo antes, a exemplo da suscitação, por Martins-Costa, de uma *liberdade situada*⁶¹⁷ – não *sitiada*, como mentes alarmistas poderiam cogitar – e de *autonomia privada solidária*. Ela, a este respeito, anota:

O problema está no modo de entender a liberdade. Não se trata, a meu ver, nem de uma “liberdade consentida” nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma *liberdade situada*, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é, o lugar onde imperam as leis civis. (...) Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham *entretecidos*, gerando uma nova ideia, a de autonomia (privada) solidária⁶¹⁸.

⁶¹⁴ BERCOVICI, G. Parecer sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória da Liberdade Econômica (Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019)...., p. 178.

⁶¹⁵ CATALAN, M. J. Na escuridão do labirinto, sem a companhia de Ariadne, tampouco a de Teseu: uma ligeira reflexão acerca da medida provisória da liberdade econômica...., p. 8.

⁶¹⁶ Cf. PIANOVSKI RUZYK, C. E. Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s)...., passim.

⁶¹⁷ Nesta linha, v. PEDROSA, L. La autonomia privada y la libertad contractual...., p. 377.

⁶¹⁸ MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos...., p. 43.

Falar em função social do contrato é, pois, remeter às liberdades para além da não-coerção na cunhagem do conteúdo do contrato⁶¹⁹. E também é transcender os limites de um singelo e dificilmente controlável⁶²⁰ atrelar do contrato (e de sua função social) à solidariedade constitucional ou a referências mais ou menos frouxas ao projeto ou aos desígnios constitucionais. Isso sem prejuízo do reforço ao fio condutor traçado pela Constituição Federal e entremeado às normativas do Código Civil e do restante da legislação infraconstitucional.

O adjetivo *social*, por esta via calcada no princípio de liberdade que informa o estatuto jurídico das relações entre particulares, nada tem com inspirações coletivistas, tampouco redundaria apenas no fim de reduzir custos de transação⁶²¹. Ele, mais propriamente, “pode ser conotado ou *à expansão intersubjetiva da liberdade*, ou *à expansão transubjetiva da liberdade*”⁶²², em visceral conexão à *responsabilidade (Verantwortung)* por si e pelo outro, consoante sustentado nas seções precedentes, particularmente na chamada dimensão intrínseca da função social.

Em complemento a esta que é a intersecção entre a tese da função como liberdade(s) e a função social do contrato, o qualificador *social* remete àquilo que não é *individual*, mas protegido e promovido pelo Direito vigente. É o caso, sobretudo, das *garantias institucionais* acima referidas, as quais abrangem desde noções caras a perspectivas mais enfaticamente voltadas à Economia, como a defesa da concorrência e o antitruste, até preocupações um tanto diversas, a exemplo do meio-ambiente ecologicamente equilibrado, da proteção

⁶¹⁹ Cf. PIANOVSKI, C. E. Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s)..., p. 275.

⁶²⁰ A propósito, anota-se, na literatura, que: “Há muitos debates que começam a se formar tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com um baixo grau de precisão sobre o sentido de tal disposição legal e de seus efeitos, em especial sobre a afirmação de que atualmente há um princípio da ‘solidariedade social’ que atinge e afeta o contrato” (BRANCO, G. L. C. Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual..., pp. 114-141).

⁶²¹ Para além do desenvolvido neste estudo, convém o registro de Salama, no sentido de que “a história do século 20 mostra que deixar-se de lado o tema da defesa da liberdade humana e encarar-se o direito exclusivamente sob uma perspectiva instrumental pode ser o primeiro passo para a instauração da tirania” (SALAMA, B. De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito?... , p. 4).

⁶²² MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos..., p. 47.

de minorias e do resguardo a vulnerabilidades⁶²³. Embora esta projeção da função social do contrato seja voz corrente na literatura especializada, dados relativos a sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro acusam um alcance reduzidíssimo⁶²⁴.

Seguro dizer, então, que a avaliação do cumprimento da função social do contrato se verifica, tanto intrínseca- quanto extrinsecamente, pelo contributo que oferece à vivência de liberdades *em sociedade*, as quais se asseguram, também, pelo resguardo às garantias institucionais – afinal, “não há Direito na ilha onde apenas habita Robinson. O Direito pressupõe a vida dos homens uns com os outros”⁶²⁵. Nesta qualidade, tutela não apenas o que é de cada um, mas também o que se protege ou afirma com mirada transindividual – na dicção da processualística: individual-homogênea, coletiva ou difusa⁶²⁶. Esta recondução a categorias usuais no seio da comunidade jurídica e permissivas de delimitação do alcance da normativa da função social do contrato pode contribuir para sua fundamentação e operabilidade para além das partes – bem como salienta Pianovski ao recomendar a referência a comunidades concretas ou a interesses

⁶²³ Neste prisma, diz Klein: “O princípio da função social de contratar traz para dentro da relação contratual os interesses sociais juridicamente protegidos, como o meio-ambiente e os consumidores. Deste modo, qualquer avença entre dois empresários que afete interesses como os dos consumidores, trabalhadores, meio ambiente, concorrência, entre outros, pode ser questionada por entidades representativas destes interesses” (KLEIN, V. *A economia dos contratos...*, p. 168).

⁶²⁴ O já referido estudo realizado junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ao levantar todos os casos julgados pelo Tribunal Fluminense com menção à função social do contrato entre 2014 e 2016, acusa que em nada menos que 95% das decisões ela foi invocada com o escopo de proteger direitos de um dos contratantes. Os 5% restantes se distribuem entre o resguardo da coletividade (3%) e de terceiros (2%) – cf. TERRA, A. M. V., KONDER, C. N. e CRUZ GUEDES, G. S. *Boa-fé, função social e equilíbrio contratual...*, p. 13.

⁶²⁵ MOTA PINTO, C. A. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 23.

⁶²⁶ Nesta singra, esclarece Gidi: “Quanto à titularidade do direito material (aspecto subjetivo), o direito difuso pertence a uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis; o direito coletivo pertence a uma coletividade (grupo, categoria, classe) formada de pessoas indeterminadas, mas determináveis; os direitos individuais homogêneos pertencem a uma comunidade formada de pessoas perfeitamente determinadas e determináveis”. Tradução livre. No original: “En cuanto a la titularidad del derecho material (aspecto subjetivo), el derecho difuso pertenece a una comunidad formada de personas indeterminadas e indeterminables; el derecho colectivo pertenece a una colectividad (grupo, categoría, clase) formada de personas indeterminadas más determinables; los derechos individuales homogéneos pertenecen a una comunidad formada de personas perfectamente individualizadas que también son determinadas y determinables” (GIDI, A. *Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. In: GIDI, A., MAC-GREGOR, E. F. (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª Ed. Cidade do México: Porrúa, 2004, pp. 29-30).

intersubjetivos determinados⁶²⁷. E assim é porque, como registrado por Klein, “é possível analisar as normas contratuais também do ponto de vista da sua capacidade de redução das desigualdades sociais, de mitigação das assimetrias informacionais ou do abuso de dependência econômica”⁶²⁸.

Peculiaridades conjunturais, relativas não ao sujeito em abstrato, mas às pessoas concretamente situadas, conjugam-se, neste giro, ao vetor promocional de liberdades em que consiste a função dos institutos fundamentais de Direito Civil. Assim, circunstâncias nas quais haja déficit sensível de liberdade substancial a caracterizar uma das partes ou dos afetados pela operação econômica contratada, por exemplo pela carência de uma ou mais das capacidades elementares arroladas por Nussbaum⁶²⁹, poderiam justificar consequências jurídicas mais agressivas.

Nesta linha, calha o argumento de Pedrosa, no sentido de que a comunidade jurídica se deu conta da insuficiência de se supor a nivelação de todos os indivíduos em termos de liberdade e igualdade “sem que sejam verificadas as circunstâncias fáticas em que estavam envoltas as partes de determinada relação jurídica, já que o concreto poder de autodeterminação é requisito essencial ao exercício da autonomia privada”⁶³⁰ – poder, este, que inexistente frente a déficits graves de liberdade substantiva. Por outro lado, não demonstrada insuficiência das capacidades⁶³¹ dos envolvidos ou afetados, tampouco a existência de óbices à realização de escolhas, faltaria amparo a interferência imediata na avença.

O contrato que implica ou agrava déficits de liberdades, bem assim aquele que não contribui para o incremento delas em concreto ou que agride garantias institucionais, sujeita-se a consequências de diferentes calibres, conforme a

⁶²⁷ V. PIANOVSKI, C. E. *Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s)*..., p. 286.

⁶²⁸ KLEIN, V. *A economia dos contratos*..., p. 178.

⁶²⁹ O tema foi abordado pela seção 1.3, *supra*.

⁶³⁰ Tradução livre. No original: “*sin que sean verificadas las circunstancias fácticas en la que estaban envueltas las partes de determinada relación jurídica, ya que el concreto poder de autodeterminación es requisito esencial al ejercicio de la autonomía privada*” (PEDROSA, L. *La autonomía privada y la libertad contractual*..., p. 384).

⁶³¹ A expressão é aqui utilizada, como no restante do trabalho, no sentido que lhe confere o *capabilities approach*, de Sen e Nussbaum.

medida de sua disfuncionalidade⁶³². Pelo esboço deste mapa consequencial, intenta-se caminhar, timidamente, em direção ao que Branco pontua como necessidade do presente:

É preciso, portanto, construir uma nova dogmática das causas de invalidade e de ineficácia, em que a funcionalização da liberdade contratual passa a ser um dos principais fatores.
(...) um dos pontos de partida que podem dar um caminho para a construção dogmática sobre como utilizar a função social dos contratos de forma agregada a uma nova teoria das nulidades, passa pela análise daquelas hipóteses que, de forma fragmentada, a jurisprudência legou ao longo da história como formas de controle de uma funcionalidade social típica⁶³³.

Conquanto não se pretenda formular uma nova teoria das nulidades, o desdobrar da segurança como coerência para os domínios da função social do contrato pode transcorrer em três diferentes níveis.

Em primeiro plano, face à cogência do artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil⁶³⁴, o contrato ou convenção particular que contrariar sua função social e macular, reduzir ou claramente deixar de promover liberdades ou garantias institucionais carecerá em absoluto de validade. A disfunção integral da avença, portanto, importa sua nulidade – argumento facilmente extraível do texto legal e desenvolvido, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil, por Nalin⁶³⁵.

⁶³² Assim é porque “A função (...) aponta para um ‘porto’ que deve ser visado pela navegação dos titulares de direito. O desvio de rota (disfunção) é coibido” (PENTEADO, L. C. *Direito das Coisas...*, p. 198).

⁶³³ BRANCO, G. L. C. Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual..., p. 135

⁶³⁴ “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

⁶³⁵ O autor registrou, com direta referência à problemática da segurança jurídica: “E, para o contrato, seria oportuno e correto mencionar uma “*ablazione*”, assim como para a propriedade, inserindo a sua versão patológica num dos já consagrados segmentos da teoria da invalidade do negócio jurídico, ou seria necessário um reenquadramento do tema? Em brevíssimas considerações, creio que a matéria transite em nível de nulidade virtual, cuja eficácia, mesmo sem um texto que a torne expressa, mas por força da gravidade da lesão que consigo traz,

A disfunção de certa(s) cláusula(s) ou consequência(s) da avença que não maculem sua razão de existir, por outro lado, comportam simples revisão, com remoção da porção inválida, em prol da conservação dos negócios jurídicos (também da confiança negocial e da segurança visada pelas partes e pelo contexto em que se contrata). Novamente, trata-se de direta aplicação de dispositivo legal específico, o artigo 184 do Código Civil⁶³⁶, com as mediações delineadas pela comunidade jurídica especializada.

Em segundo plano, disfuncionalidades não originárias ou circunstanciais, também à vista da intentada preservação do contrato e das liberdades que ele encarna, comportam enfrentamento pontual segundo os critérios coerentistas da função como liberdade, complementados pelo resguardo às garantias institucionais. Deste modo, em vez de medidas drásticas que interferem na totalidade do contrato ou de precipitadas cominações em abstrato, avaliações concretas ancoradas nos referenciais aqui propostos podem conduzir à ineficácia de cada aspecto disfuncional – consequência vislumbrada, *e.g.*, por Haddad⁶³⁷ e por Penteado⁶³⁸, como característica marcante da aplicação da função social do contrato. Isto é: o contrato e a operação econômica por ele revestida se preservam na maior extensão possível, ressaltados seus componentes avessos, negatórios ou prejudiciais a liberdades ou a garantias institucionais. A razão para tanto está na incompatibilidade entre a funcionalização prescrita pelo Direito brasileiro e certos efeitos do contrato, tanto em perspectiva intersubjetiva quanto em mirada transubjetiva. Solução similar é

implique a nulidade absoluta do contrato. Entretanto, em razão dos interesses coletivos que o contrato possa trazer consigo, caberá ao intérprete definir a consequência por tamanha violação, sem perder de vista, ademais, uma desejada conservação dos efeitos do negócio jurídico, quando possível for” (NALIN, P. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 12, pp. 50-60, out./dez. 2002, p. 56).

⁶³⁶ “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.

⁶³⁷ Ressalvadas pequenas dissintonias com o texto do artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil, o autor paulista sustenta: “No que toca à função social do contrato, parece certo que não se deve cogitar de reflexos de sua violação no plano da validade, já que ela não tem raízes na parte geral. A afirmação de nulidade, de fato, só poderá ter lugar se o desrespeito à função social do contrato coincidir com uma ou mais das hipóteses taxativas de nulidade previstas nos arts. 166 e 167 do Código Civil. Todavia, se há incidência desses últimos dispositivos legais, não há motivos ou utilidade em se invocar a função social do contrato. Assim, o eventual descumprimento dessa função deve ser tratado no plano da eficácia” (HADDAD, L. G. *Função social do contrato...*, pp. 114-115).

⁶³⁸ PENTEADO, L. C. *Direito das Coisas...*, p. 216.

sustentada, na comunidade jurídica brasileira, por Salomão Filho, embora apenas com tônica depositada predominantemente sobre as referidas garantias:

Assim, exemplificativamente, um contrato cuja execução causa risco ambiental não pode ser cumprido. Isso não significa que outras obrigações entre as partes, como, por exemplo, eventuais disposições relativas às consequências da impossibilidade do cumprimento não sejam plenamente válidas e eficazes. O mesmo pode se dizer de outras obrigações laterais que não violem a função social. A função social obriga, portanto, a uma individualização de cada uma das obrigações do contrato e a verificação de sua compatibilidade com o conceito supradefinido, como requisito de eficácia da obrigação principal, perante terceiros e entre as partes⁶³⁹.

Em terceiro plano, a eventual esterilidade das consequências de invalidade ou ineficácia do contrato face à configuração de dano antijurídico pelo inadimplemento de dever obrigacional ou pela eficácia detrimental a liberdades das partes ou de terceiros, ou mesmo de garantias institucionais, permite cogitar do remédio genérico da reparação civil⁶⁴⁰. A depender da configuração da ofensa e de sua intensidade, todo o ferramental da Responsabilidade por Danos se porá à disposição da reparação ou compensação do dano suportado pela(s) vítima(s), observada a tríade deontológica fundamental da *tutela prioritária da vítima, máxima reparação e solidariedade social*⁶⁴¹.

Tais critérios, consequências e possibilidades de modulação complementam os já sistematizados pela literatura especializada, embora com ênfase a aspectos de cariz menos funcional que estrutural⁶⁴², a exemplo dos

⁶³⁹ SALOMÃO FILHO, C. Função social do contrato: primeiras anotações..., p. 80. No mesmo sentido e com expressa referência a este material, diz Penteado: "O contrato insere-se em um sistema maior de trocas e de estratificação de tendências sociais e, deste modo, pode ser visto sob o prisma de elemento que deve atender a certas garantias institucionais, sob pena de ineficácia. (...) O princípio da função social do contrato permite a tutela difusa pelo judiciário das garantias institucionais. Liberta a tutela de interesses supra-individuais da tutela administrativa ou da casuística prevista em lei" (PENTEADO, L. C. *Efeitos contratuais perante terceiros*..., pp. 269-270).

⁶⁴⁰ Cf. BRASILEIRO BORGES, R. C. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual..., p. 35.

⁶⁴¹ V. CATALAN, M. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*..., p. 41, e CUNHA FROTA, P. M. Responsabilidade por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, N. e MILAGRES, M. (Coords.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, pp. 211-212.

⁶⁴² Para além do aqui abordado acerca das distinções entre tais abordagens, Branco esclarece, em correlação direta com a temática ora enfrentada: "As tradicionais formas de intervenção nos

arrolados por Tomasevicius Filho, o qual propõe, com olhares voltados mormente à eficácia intrínseca da normativa discutida:

Assim, propõe-se um esquema de aplicação do princípio da função social do contrato:

1. O exercício da liberdade de contratar provoca externalidade à sociedade? Se não há, o contrato não tem função social; se sim, impõe-se o dever de compensar a sociedade com fundamento na função social do contrato.
2. Verificar se o contrato está desequilibrado para uma das partes.
3. Verificar se o reequilíbrio da relação contratual implicará sacrifícios não relacionados com o contrato para a outra parte (responsabilidade social da empresa, enriquecimento sem causa). Se causar sacrifícios, o contrato já cumpre sua função social.
4. Verificar se existe instituto jurídico destinado a corrigir o desequilíbrio contratual. Se não houver instituto, aplica-se a função social do contrato⁶⁴³.

A conjugação de todos esses parâmetros para a averiguação do cumprimento da função social do contrato, ancorados em enunciados normativos deliberadamente indeterminados, franquia espaço para a afirmação *prima facie* da liberdade contratual, dotada dos traços até aqui esboçados. Sem embargo de oportunizar o amadurecimento de práticas deliberativas concernentes ao conteúdo normativo de tais enunciados, esta peculiaridade não flagela a segurança subjetiva buscada pelas partes ao contratar, a qual se apresenta como o motor do Direito Contratual:

O vínculo Contratual (vínculo jurídico) instala uma situação de *certeza e segurança jurídicas* para as partes. Vale dizer: cada parte tem a aparente *certeza e a segurança* que dele deflui, de que, na hipótese de descumprimento do contrato, poderá recorrer a meios jurídicos adequados à obtenção de reparação por esse descumprimento, ou mesmo a execução coativa da avença.
(...)

contratos partiam da análise estrutural da relação contratual, evidenciando crédito e débito, com caráter neutro em relação aos sujeitos, cuja liberdade do ato de 'declaração de vontade' era o elemento central. Já o controle da validade dos contratos, a partir de uma perspectiva funcional, estabelece um vinculação entre a relação de crédito e débito e sua origem, que não é mais uma 'declaração de vontade', mas sua causa e, por isso, a partir da função prático-social à qual corresponde e expressa sua disciplina, há a definição dos direitos, obrigações e poderes do credor" (BRANCO, G. L. C. Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual..., p. 134).

⁶⁴³ TOMASEVICIUS FILHO, E. A função social do contrato: conceitos e critérios de aplicação..., p. 211.

Tenho que essa situação de certeza e de segurança é um dos motores principais que leva as partes a buscarem o vínculo Contratual e, principalmente, o *ordenamento jurídico a tutela-lo*⁶⁴⁴.

Observadas as balizas da segurança como coerência, a incorporação do entendimento da função social dos contratos na quadra do contributo para a(s) liberdade(s) à fundamentação de decisões jurídicas reforça, ainda, a confiabilidade do Direito e o respeito ao Jurídico. Isto malgrado se deva admitir que a interferência no regime de contratos, mesmo em curso, é uma decorrência necessária do contemporâneo e da inseparabilidade de tempo e contrato. Deste modo, o Direito Contratual se imbrica, também fundamentalmente, ao reconhecimento da centralidade do papel desempenhado pelos aplicadores do Direito, como ressalta Grau:

Por mais que isso revolte a doutrina, a segurança e a previsibilidade dos contratos passa, necessariamente, pela interpretação que as Cortes dão às avenças. O reconhecimento do crucial papel do Poder Judiciário talvez seja o início da superação de tantos entraves enfrentados pela ordem jurídica na promoção do comércio⁶⁴⁵.

Finalmente, a controlabilidade e a confiabilidade das decisões são produtos da fidelidade aos critérios coerentistas que conferem unidade às acepções fragmentárias de segurança jurídica pulverizadas pela literatura. Justamente *porque* amparada em enunciados normativos indeterminados – no caso recortado para efeito de demonstração da tese, na função social do contrato –, a decisão jurídica não entra na ciranda das regras. Antes, delimita a intersecção de posições fundamentais ao conjunto de elementos normativos e fáticos computados para viabilizar a tomada de decisão e estimula reflexão

⁶⁴⁴ GRAU, E. Um novo paradigma dos contratos?..., p. 424.

⁶⁴⁵ GRAU, E. Um novo paradigma dos contratos?..., p. 430.

constante, em caráter prospectivo⁶⁴⁶, acerca de seu melhoramento⁶⁴⁷. A explicitação dos porquês da decisão segundo a filtragem da segurança como coerência permite a verificação de sua consonância com o ordenamento jurídico tomado como totalidade, sem descuidar da força construtiva dos fatos. E, sem a arrogância própria de soluções definitivas, simplistas, *prêt-à-porter*, está em paz com a possibilidade de revisão de posições e de mudanças (sempre fundamentadas, à moda ora delineada) de entendimento. Afinal, o trânsito jurídico consubstancia setor altamente complexo e sujeito a permanentes transformações⁶⁴⁸, figurando como campo fértil para debates informados, que rompem ilusões de segurança⁶⁴⁹ e enfraquecem estratégias de *compliance* criativo albergadas por regramentos demasiadamente estritos e pretensamente determinados.

Daí se favorece o encaminhamento de consensos mínimos, que arrostam as aparentes inconsistências entre as diversas facetas fragmentárias da segurança jurídica, refreiam decisionismos vinculados a perspectivas axiológicas e aclaram caminhos para a justificação de respostas adequadas ao Direito vigente. Com isso, permite-se o vislumbrar, a partir do distanciamento suscitado

⁶⁴⁶ Penteado, nesta seara, explica que: “Naquele movimento centrípeto, que foi a codificação, visando unidade, a falta de lastro unitário na base social levou ao movimento centrífugo, contrário, que foi a *decodificação*. Na situação atual, o caso concreto precisa de centralidade e a racionalidade jurídica não deve se preocupar mais com compor, entender e aplicar um *corpus* normativo, mas em desenvolver habilidades integrativas para, na ausência de figuras, regras, categorias expressas solucionar os mencionados casos e, em havendo regra, que a aplicação se dê efetivamente de acordo com estes valores. Assim, de um modelo reprodutivo, o modelo prospectivo passa a preponderar, visto que responde de modo mais adequado à aceleração progressiva da história” (PENTEADO, L. C. *Integração de contratos incompletos...*, p. 28).

⁶⁴⁷ Caminho para conclusão semelhante é prospectado por Junqueira, ao afirmar que “deve ser combatido o certo fetichismo principiológico instalado no País, o que, por via transversa, significa dizer ser imperioso o retorno ao estudo aprofundado de metodologia, bem como das categorias e institutos jurídicos, reservando espaço para a atuação decisiva principiológica – a qual, quando feita, deve sê-lo de forma fundamentada, explicando-se a razão determinante à solução proposta, em detrimento de outra distinta, a derivar de específico princípio contratual (cfr. art. 489, § 1º, inc. II do Código de Processo Civil de 2015) – nos casos necessários, conforme parâmetros fixados mediante ampla reflexão, sem perder de vista as características fáticas concretamente envolvidas. Curiosamente, se o destino assim se revelar, julga-se que, além da segurança jurídica, os próprios princípios contratuais sairão fortalecidos” (JUNQUEIRA, T. Princípios contratuais no direito civil brasileiro: é tempo de redimensioná-los. *Revista Jurídica de Seguros*. Rio de Janeiro, n. 9, pp. 154-161, nov. 2018, p. 161).

⁶⁴⁸ Cf., neste sentido: HADDAD, L. G. *Função social dos contratos...*, pp. 122 e ss.

⁶⁴⁹ Esta ruptura é tida como um dos principais desafios à assimilação do argumento aqui sustentado, como antecipa Grau: “Mais difícil é aceitar que o novo e o antigo se mesclam e, no resultado geral, as fronteiras de um extrato são fluidas, impossibilitando a confortável ilusão da segurança jurídica” (GRAU, E. Um novo paradigma dos contratos?..., p. 424).

pela maior angulação do escopo de seus textos normativos, de que aquelas inconsistências são os contrastes conformadores da imagem estampada no mosaico da segurança jurídica, aglutinadas pelo coerentismo derrotável.

4 APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

Segurança jurídica é princípio jurídico fundante que não se questiona na comunidade especializada, embora vez ou outra apareça como suscetível de temperamentos em prol da realização da justiça. Seus sentido e alcance, todavia, se perdem nos horizontes desbravados pelas democracias constitucionais. Isso, sobretudo, pela confluência das quatro viragens que marcam sua instauração no mundo ocidental: (i) a emergência dos enunciados normativamente indeterminados, em detrimento das pretensões arrogantes da redução do Direito a sistemas de regras; (ii) a simbiose entre Direito interno e Direito internacional, especialmente em matéria de Direitos Humanos, a abalar a continência imediata do Direito ao Estado; (iii) a releitura e o alargamento do princípio da igualdade, que rompe com as amarras de sua concepção apenas formal para alçar voos rumo à substancial, no bojo do que se convencionou chamar caminhada do sujeito à pessoa; (iv) a recalibragem das relações entre legislação e jurisdição, a redimensionar a primazia daquela na dicção do Direito e a impor um consequente repensar da ideia moderna de separação de poderes.

As dificuldades daí emergentes para a segurança jurídica são, em parte, derivadas da insuficiência das respostas tradicionais das Teorias do Direito ao problema da indeterminação normativa. É que este corta transversalmente as viragens arroladas, apresentando à comunidade jurídica a exigência de novos e mais flexíveis instrumentos de trabalho.

Em primeiro lugar, a insuficiência é tributária à circunscrição dos Positivismos Jurídicos em geral à tese da discricionariedade, escrutinada neste trabalho especialmente a partir das contribuições de Hart, ancoradas no problema da penumbra e na textura aberta da linguagem. É que, como se viu, essas abordagens teóricas partem da indeterminação contingencial da linguagem jurídica como algo inevitável e irresistível. Daí acolherem e referendarem a *discretion* do tomador de decisão diante de casos nos quais não se possa identificar facilmente a solução prescrita pelos textos normativos que compõem a ordem jurídica. A deficiência identificada a esta ordem de explicações reside na incompatibilidade entre a licença que a tese da *discretion* confere ao arbítrio do tomador de decisão e a indeterminação intencional que marca significativa porção dos enunciados normativos caros ao tempo presente

– formulações principiológicas e cláusulas gerais são bons exemplos. Em suma: se a *discretion* fosse compatível com o estado das democracias constitucionais, ter-se-ia que elastecer brutalmente a própria concepção de democracia de que se trata e dissocia-la por completo do princípio majoritário que suporta a legitimidade dos textos normativos produzidos pelo Poder Legislativo.

Em segundo lugar, pelo perigo que a teoria interpretativa de Dworkin representa para a autonomia do Direito, face à impossibilidade de com ela trabalhar sem subscrição quase integral à Filosofia Moral e Política do autor, bem assim pelas peculiaridades do contexto em que sustentada. Em maior detalhe: as contribuições de Dworkin somente desbloqueiam seu potencial no contexto da *partnership conception of democracy*, pois é apenas em meio a um empreendimento cooperativo entre iguais que a virtude da integridade pode florescer. E este conjunto de pontos de partida não é facilmente verificável nos esquadros do Direito brasileiro – *rectius*: da tradição Europeia Continental em geral. Demais disso, o argumento de que casos difíceis exigiriam que o aplicador do Direito se voltasse a princípios morais implica uma renovada conexão entre essas duas ordens normativas. O argumento, conquanto possa ser sedutor, traz consigo perigos, sobretudo em contextos nos quais não haja grande apreço pelas práticas decisórias das Cortes – ou nos quais tais práticas sejam ainda incipientes ou, elas mesmas, cambiantes. Passa ao largo, ademais, da qualidade de Midas do Direito, a qual, como apontado por Poscher, esvazia muitas das tensões que até hoje perseveram na literatura a partir dos ataques de Dworkin aos Positivismos (notadamente a sua expressão hartiana).

Em terceiro lugar, pelas inconsistências identificadas nas contribuições de Alexy, cuja produção é usualmente buscada e valorizada pela comunidade jurídica brasileira. Isto por uma plêiade de fatores, os quais podem ser agrupados em quatro blocos: (i) a fragilidade da tomada das Fórmulas de Radbruch para delimitação do argumento da pretensão de correção, já descortinada por Bix; (ii) a grande frouxidão com a qual se abordam as noções de segurança jurídica e de justiça, muito embora sejam elas elementos fundamentais da principal tensão arrostada por Alexy; (iii) a impropriedade do argumento pela conexão necessária entre Direito e Moral, que também está na base da tese da pretensão de correção, à luz, novamente, da qualidade de Midas do Direito, explorada a partir de Poscher; e (iv) a inconstância mesmo da distinção entre princípio e regra,

como entidades normativas que o autor reputa radicalmente distintas, a qual tem levado a reconsiderações e a questionamentos acerca da existência efetiva de um objeto para sua Teoria dos Princípios.

Defronte a este cenário complexo e cambiante, as concepções fragmentárias de segurança jurídica extraídas das contribuições de grandes expoentes do pensamento jurídico ocidental dão sinais de insuficiência para articular respostas às demandas da contemporaneidade. Mas elas contêm pistas de elementos aglutinadores. E são eles que conduzem à propositura da tese da segurança como coerência. Em suma, trata-se da conjugação da coerência normativa de MacCormick ao Coerentismo derrotável de Hage, a desaguar em prescrição para a justificação de decisões no sentido de que seus resultados façam sentido quanto tomados em conjunto com a totalidade do ordenamento jurídico. Ademais, as razões invocadas na tomada de decisão, para atender à exigência da segurança como coerência, têm que ser universalizáveis. Isto é: estruturadas de modo a viabilizar sua aplicação a casos semelhantes, sem qualquer fechamento à derrotabilidade, a qual se justifica tanto no caráter abduutivo das inferências do tomador de decisão quanto pela pragmática do Direito. Há, conseguintemente, não bem uma resposta correta para cada caso, mas respostas adequadas porque conformes a esse requisito de coerência, sem receptividade à *discretion* e sem as aberturas à colonização do Direito pela Moral ou por influxos de outras ordens.

A tese da segurança como coerência rompe, então, com as amarras da certeza da Lei (segurança jurídica formal), ao arrostar a indeterminação não como uma qualidade imponderável da linguagem jurídica, mas como uma característica as vezes desejada ou desejável. Não bastasse, o trânsito por estudos contemporâneos a respeito de técnicas legislativas e da interpretação-aplicação do Direito acusam que os enunciados indeterminados têm o condão de prover maior segurança jurídica que os pretensamente determinados, particularmente na disciplina de temas complexos e cambiantes. Em relação a esses, demonstram Braithwaite e Rodriguez, a estratégia normativa tendencialmente ótima deve buscar a conjugação de enunciados indeterminados e enunciados determinados, o que resulta, inclusive, em estímulos a debates informados que favorecem a internalização das normativas postas. A segurança como coerência, neste prisma, é como a cola que mantém unidas as referidas

expressões fragmentárias da segurança, embora, por evidente, não se pretenda panaceia.

Transposta para os esquadros do Direito Civil brasileiro, a segurança como coerência se acopla à chamada abordagem Civil-Constitucional. Ao rechaçar o substancialismo inerente à acolhida da normatividade de valores e oferecer insumos para a justificação de respostas constitucionalmente adequadas, oferece aporte importante ao enfrentamento das duras críticas que têm sido colocadas àquela. Isso, especialmente, a partir da superação do recurso à tábua axiológica constitucional pelo argumento fachiniano da tríplice constituição do Direito Civil, com os temperos necessários à luz do caminho trilhado pelas seções precedentes.

Particularmente no tocante à dimensão funcional dos institutos de Direito Civil, a aplicação da segurança como coerência conduziu à identificação da tese da função como liberdade(s), de Pianovski Ruzyk, como norte e como crisol das transformações do governo jurídico das relações entre particulares. Deste modo, tomou-se que as normativas de Direito Civil se dirigem, precipuamente, à promoção de liberdades, em seus mais diversos perfis, que afloram conforme as circunstâncias. Identificado este argumento como timbre de um Direito ancorado na dignidade humana, pôde-se avançar para um escrutínio coerentista de enunciado normativo deliberadamente indeterminado empregado na disciplina de seara altamente complexa e cambiante – a função social do contrato e o trânsito jurídico, respectivamente.

A afirmação textual da função social do contrato consiste em uma peculiaridade da Codificação Civil brasileira. A comunidade jurídica nacional, todavia, ainda se convulsiona ao perscrutar seu sentido e alcance. O tema, então, vê-se a meio-caminho entre diversas tensões (algumas debeladas em função de alterações legislativas, outras ainda latentes): a liberdade de contratar e a liberdade contratual; o limite e o contributo; a eficácia interna e a eficácia externa; a eficiência, a solidariedade e a liberdade; a razão e a consequência; etc. De tão dificultosa sua compreensão, há quem, como Schmidt, sugira a completa inocuidade da função social do contrato. A leitura desta através das lentes da segurança como coerência, todavia, abre caminho para a superação dessas dificuldades.

Da intersecção com a função como liberdades, extrai-se que a função social do contrato consiste em exigência de contributo ao incremento de liberdades. Não apenas entre as partes, a alcançar a responsabilidade de uns pela liberdade de outros, como também relativamente a todos os afetados pelos efeitos de contratos. Para além de tal entrecorte, a função social dos contratos direciona o exercício da liberdade contratual à proteção e à promoção das chamadas garantias institucionais, bem na linha traçada por Salomão Filho. Isto é: posições e interesses a um só tempo de todos e de cada um, dotados de especial reconhecimento jurídico e social, a exemplo do meio ambiente equilibrado, da defesa da concorrência e do resguardo às relações de consumo. E o alcance da exigência normativa de realização da função social do contrato se define com esteio em razões que, a seu turno, têm que coerir com a unidade do ordenamento jurídico e com as circunstâncias universalizáveis do caso em consideração.

A eventual caracterização de contrato disfuncional, segundo os mesmos critérios, pode conduzir a consequências graduadas desde a simples ineficácia parcial até a integral nulidade, conforme seja ou não possível preservá-lo à luz de seu *telos*. Como consequência residual à disfuncionalidade, condicionada à ocorrência de dano, caberá sempre o remédio genérico da reparação civil. Assim se desenha conjunto variável de implicações da disfuncionalidade contratual, em consonância com o previsto pelo Direito Positivo (particularmente pelos artigos 184, 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil) e por relevantes setores da literatura especializada, tal qual demonstrado na seção 4.3.

Há, então, uma prevalência *prima facie* da liberdade contratual – que consiste em liberdade situada, coexistencial e, portanto, não apenas negativa – sem fechamento a controles *in concreto*. Esta característica, conforme revelado por Black e Braithwaite em estudos relativos a estratégias normativas, favorece debates informados que, por sua vez, conduzem a uma maior adesão dos sujeitos regulados. Viabiliza-se, então e como demonstrado, um incremento à segurança jurídica subjetiva das partes, bem assim a promoção de sua dimensão objetiva. Em suma, porque a postura aplicativa ancorada na segurança como coerência reforça a confiabilidade, a calculabilidade e a confiabilidade do Direito, muito para além do alcance das concepções fragmentárias de segurança referendadas pelos autores especializados. Mas

sem negar importância a cada um dos fragmentos, os quais são albergados pela almejada coerência normativa.

Os aportes predominantemente teóricos do desenho da segurança como coerência revelam, em sua aproximação às preocupações sobretudo práticas quanto à função social do contrato, a imperatividade da reconciliação entre os dois *loci* do discurso jurídico. Mais ainda quando considerados diante das críticas que hoje se dirigem ao Direito Civil Contemporâneo. É dessa reconciliação que emergem as possibilidades de pensar os institutos fundamentais de Direito Civil em uma nova estação de problematizações. Aqui está, pois e a despeito da eventual incompletude da solução proposta, a abertura de um itinerário Teórico-Prático que contém uma nova (e sísifca) agenda de trabalhos investigativos.

REFERÊNCIAS

- ABREU, C. *Capítulos de História Colonial*. Rio de Janeiro: Briguiet, 1954
- ACUÑA, J. M. Democracia y derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 30, pp. 3-23, jan-jun 2014
- ALEXY, R. Die Gewichtsformel. *GreifRecht*, v. 10, pp. 69-78, outubro de 2010
- ALEXY, R. Legal Certainty and Correctness. *Ratio Juris*, v. 28, n. 4, pp. 441-451, dezembro de 2015
- ALEXY, R. Los principales elementos de mi filosofía del derecho. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 32, pp. 67-84, 2009
- ALEXY, R. Princípios Formais. In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al. Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014
- ALEXY, R. The absolute and the relative dimensions of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 37, pp. 31-47, primavera de 2016
- ALEXY, R. *The Argument from Injustice: a response to legal positivism*. Tradução de Steven Paulson e Bonnie Paulson. Oxford: Claredon Press, 2003
- ALIGHIERI, D. *A Divina Comédia*. Tradução, comentários e notas de Italo Eugenio Mauro. São Paulo: Editora 34, 2009
- ALONSO, J. P. Principios jurídicos implícitos y coherencia. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 36, pp. 357-385, 2013
- AMARAL NETO, F. O Código Civil Brasileiro e o problema metodológico de sua realização: do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. *Revista da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, n.2, pp.102-118, out/2008
- AMAYA, A. Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho. *Revista Discusiones*, v. 10, pp. 21-64, 2011
- AMAYA, A. *The tapestry of reason: as inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument*. Oxford: Hart Publishing, 2015
- ARASZKIEWICZ, M. e ŠAVELKA, J. Introduction. In: ARASZKIEWICZ, M. e ŠAVELKA, J. (Orgs.). *Coherence: Insights from Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence*. Dodrecht: Springer, 2013
- ARNAULD, A. *Rechtssicherheit: perpektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006

ARNOLD, R. e FELDBAUM, E. Aspects of fundamental rights convergence in Europe with some comparative references to the developments in Germany, United Kingdom and France. In: ARNOLD, R. (Org.). *The convergence of the fundamental rights protection in Europe*. Dodrecht: Springer, 2016

ARNT RAMOS, A. L. *Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 11, n. 1, 2017

ARNT RAMOS, A. L. *Responsabilidade por Danos e Segurança Jurídica: Legislação e Jurisdição nos Contextos Alemão e Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2018

ARONNE, R. Sistema Jurídico e Unidade Axiológica: Os Contornos Metodológicos do Direito Civil-Constitucional. In: ARONNE, R. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: Estudos Preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 815, pp. 11-31, set. 2003

ATIENZA, M. e MANERO, J. R. *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. Tradução de Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014

ATIENZA, M. Entrevista a Neil MacCormick. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 2, pp. 479-489, 2006

ÁVILA, H. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011

AZEVEDO, A. V. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Ed., 22ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010

BARROSO, L. A. A função ambiental do contrato. In: BARROSO, L. A. *A realização do Direito Civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011

BARROSO, L. A. O conceito e as funções do contrato. In: BARROSO, L. A. *A realização do Direito Civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011

BARROSO, L. A. O novo Código Civil Brasileiro no momento histórico de sua publicação. In: BARROSO, L. A. *A realização do Direito Civil: entre normas jurídicas e práticas sociais*. Curitiba: Juruá, 2011

BARROSO, L. R. e BARCELLOS, A. P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, pp. 141-176, abr.-jun. 2003

BERGSTEIN, L. e TRAUTWEIN, J. R. A tutela externa do crédito: aplicabilidade e fundamentação adotada pelos tribunais. *REDES: Revista eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 7, n. 3, pp. 121-134, dez. 2019

BENGOETXEA, J. Legal system as a regulative ideal. In: KOCH, H. e NEUMANN, U. (Coords.). *Praktische vernunft und Rechtsanwendung*. Stuttgart: Franz Steiner, 1994

BERCOVICI, G. Parecer sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória da Liberdade Econômica (Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019). *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*. Belo Horizonte, a. 8, n. 15, pp. 173-202, mar./ago. 2019

BERLIN, I. Two concepts of liberty. In: BERLIN, I. *Four essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1971

BITTAR, C. A. A Constituição de 1988 e sua interpretação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 77, n. 635, pp. 32-36, set. 1988

BIX, B. H. *Diccionario de teoría jurídica*. Tradução de Enrique Rodríguez Trujano e Pedro A. Villarreal Lizárraga. Cidade do México: UNAM, 2009

BIX, B. H. Radbruch's formula and conceptual analysis. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 56, p. 45-57, 2011

BLACK, J. *Rules and regulators*. Oxford: Claredon Press, 1997

BLOOM, A. *The Republic of Plato*. 2ª Ed. Tradução, notas e comentários de Allan Bloom. Nova Iorque: Harper Collins, 1991

BOBBIO, N. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Barueri: Manole, 2007

BOBBIO, N. Do poder ao direito e vice-versa. In: BOBBIO, N. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008

BOBBIO, N. *Igualdad y libertad*. Introdução de Gregorio Peces-Barba. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993

BOBBIO, N. Ser e dever ser na Ciência Jurídica. In: BOBBIO, N. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008

BODIN DE MORAES, M. C. A caminho de um direito civil constitucional. In: BODIN DE MORAES, M. C. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. 1ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016

BODIN DE MORAES, M. C. A causa dos contratos. In: BODIN DE MORAES, M. C. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Processo, 2016

BODIN DE MORAES, M. C. Constituição e direito civil: tendências. In: BODIN DE MORAES, M. C. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016

BODIN DE MORAES, M. C. Do juiz-boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. [online]. Disponível na Internet via: <https://www.academia.edu/22848523/Do_juiz_boca-da-lei_à_lei_segundo_a_boca-do-juiz_notas_sobre_a_aplicação-interpretação_do_direito_no_in%C3%ADcio_do_séc._XXI>. Última consulta em 31.01.2019

BODIN DE MORAES, M. C. *O direito civil constitucional*. BODIN DE MORAES, M. C. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. 1ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016

BOILEUX, J. M. *Commentaire sur le code civil*. 6ª Ed., aumentada e melhorada. Paris: Videcoq, 1856

BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007

BOTERO, A. Crítica da concepção de sistema jurídico e razão prática de Robert Alexy. In: BOTERO, A. *Estudos de História e Filosofia do Direito*. Tradução de: Aberto K. Arbex, André K. Trindade, Danielle Regina W. de Araújo, Francisco Codorniz e Gilberto M. de Almeida. Curitiba: Juruá, 2013

BRAITHWAITE, J. Rules and principles: a theory of legal certainty. *Australian Journal of Legal Philosophy*, n. 27, pp. 42-82, 2002

BRANCO, G. L. C. A aplicação do art. 421 do Código Civil e a função social dos contratos nas relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 160, pp. 123-140, nov./dez. 2014

BRANCO, G. L. C. Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, a. 1, n. 1, pp. 114-141, 2012

BRASILEIRO BORGES, R. C. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 49, pp. 228-246, 2008

BRASILEIRO BORGES, R. C. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, G. M. F. N. e TARTUCE, F. *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007

BUSTAMANTE, T. R. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 106, pp. 263-313, jan./jun. 2013

BUSTAMANTE, T. R. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012

BYDLINSKI, F. *Fundamentale Rechtsgrundsätze: zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät*. Dodrecht: Springer, 1988

BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Viena: Springer, 1982

BYDLINSKI, F. Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht. *Archiv für die Civilistische Praxis*, n.194, pp. 319-351, 1994

CALFURRAPA, R. B. La tónica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia. *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. XXXIX, pp. 587-606, 2º sem., 2012

CALSAMIGLIA, A. ¿Por que es importante Dworkin? *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 2, pp.159-165, 1985

CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 12, pp. 155-176, 1992

CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*. Berlin: Duncker & Humbolt, 1969

CAROCCIA, F. Rethinking the Juridical System. Systematic Approach, Systemic Approach and Interpretation of Law. *Italian Law Journal*, v. 2, n. 1, pp. 65-85, 2016

CARPEAUX, O. Sobre a Divina Comédia. In: ALIGGIERI, D. *A Divina Comédia*. Tradução, comentários e notas de Italo Eugenio Mauro. São Paulo: Editora 34, 2009

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. 74, pp. 1-44, 1998

CATALAN, M. J. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2ª Ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2019

CATALAN, M. J. Na escuridão do labirinto, sem a companhia de Ariadne, tampouco a de Teseu: uma ligeira reflexão acerca da medida provisória da liberdade econômica. *REDES: Revista eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 7, n. 2, pp. 7-14, ago. 2019

CAVALCANTI FILHO, T. *O problema da segurança no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964

CHUEIRI, V. K. e SAMPAIO, M. A. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. *Revista Direito GV*, 5(1), pp. 45-66, jan-jun/2009

CIVITARESE, S. A European convergence towards a stare decisis model? *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.14, pp. 173-194, segundo semestre de 2015. [online]. Disponível na Internet via: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2720484>. Última consulta em 24.01.2019

COASE, R. H. *The firm, the market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988

COHEN, M. The rule of law as the rule of reasons. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 96, n. 1, pp. 1-16, 2010

COLEMAN, J. e LEITER, B. Determinacy, objectivity, and authority. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 142, pp. 549-637, 1993

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018

CONSTANT, B. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Tradução de Loura Silveira. Disponível na Internet via: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Última consulta em 13.05.2019

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman v. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Mérito e Reparações. Série C, nº 211. [Online]. Disponível na Internet via: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Última consulta em: 06.02.2019

CORTIANO JUNIOR, E. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: RAMOS, C. L. S., FACHIN, L. E. (Coord). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

CORTIANO JUNIOR, E. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v.45, pp.99-102, 2006

COSTA, P. A democracia após os 'totalitarismos' – a democracia constitucional na segunda metade do século XX. In: COSTA, P. Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: Editora da UFPR, pp.279-289, 2012

COSTA, P. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, P. e ZOLO, D. (Orgs). O Estado de Direito: história, teoria, crítica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, pp.95-198, 2006

COSTERBOSA, M. L. Some reflections of the relationship between Law and Morality – Neil MacCormick's point of view. In: MENÉNDEZ, A. J. e FOSSUM, J. E. (Eds.). *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory: the post-sovereign constellation*. Dordrecht: Springer, 2011

COUTO E SILVA, A. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. In: COUTO E SILVA, A. *Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015

COUTO E SILVA, C. V. *A obrigação como processo*. 8ª Reimpressão. São Paulo: Editora FGV, 2007

CROCKER, L. *Positive liberty: an essay in normative Political Philosophy*. Boston: Martinus Nijhoff, 1980

CUNHA FROTA, P. M. Responsabilidade por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, N. e MILAGRES, M. (Coords.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017

DEFFAINS, B. e KESSEDJIAN, C. *Index of legal certainty: rapport of the Civil Law Initiative*. [online]. Disponível na Internet via: <https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2015/04/ILC-Report-june-2015_EN.pdf>. Última consulta em: 15.01.2019

DESCARTES, R. *Discurso do método*. Introdução, análise e notas de Étienne Gilson. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2009

DIEZ-PICAZO, L. Codificación, descodificación y recodificación. *Thémis*, pp. 11-18, v. 25, 1993

DWORKIN, R. Comment. In: SCALIA, A. *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997

DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011

DWORKIN, R. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006

DWORKIN, R. Law as Interpretation. *Texas Law Review*, v. 60, pp. 527-550, 1982

DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard Belknap Press, 1986

DWORKIN, R. The Model of Rules. *University of Chicago Law Review*, n. 14, pp. 14-46, 1968

DWORKIN, R. The partnership conception of democracy. *California Law Review*, v. 86, pp. 453-458, 1998

EHRHARDT JUNIOR, M. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do Direito de Danos. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade da Bahia*, v. 22, n. 24, pp. 147-164, 2012

EHRHARDT JUNIOR, M. Acertos e desacertos do processo de constitucionalização dos direitos: uma reflexão sobre os perigos da ubiquidade constitucional no Direito Civil brasileiro. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, a. 1, n. 2, pp. 833-865, 2012

EHRHARDT JUNIOR, M. e BARROS DE FARIAS, L. R. Por um sistema jurídico que funcione: discutindo a funcionalização do Direito Civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 3, n. 2, pp. 487-517, 2017

FACHIN, L. E. “*Virada de Copérnico*”: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, L. E. (Coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

FACHIN, L. E. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015

FACHIN L. E. Em defesa da constituição prospectiva e a nova metódica crítica do direito civil e suas ‘constitucionalizações’. In: FACHIN, L. E. *Questões de Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar: 2008

FACHIN, L. E. *Função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988

FACHIN, L. E. Mind the gap between the new portfolio and the so-called old systems. *Civilística.com*, a. 2, n. 1, 2013

FACHIN, L. E. e PIANOVSKI RUZYK, C. E. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, I. W. (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

FACHIN, L. E. Segurança jurídica entre ouriços e raposas. In: PIANOVSKI RUZYK, C. E., SOUZA, E. N., BEZERRA DE MENEZES, J. e EHRHARDT JUNIOR, M. (Orgs.). *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil Contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014

FACHIN, L. E. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*, 3ª Ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

FARRELL, M. D. Libertad negativa y libertad positiva. *Segundas Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires, 1985

FAVOREU, L., GAÏA, P., et alii. *Droit constitutionnel*. 21ª Ed. Paris: Dalloz, 2019

FERREIRA, G. P. Z. *A função social do contrato*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013

FIORAVANTI, M. La trasformazione del modelo costituzionale. *Studi Storici*, a.42, n.4, pp.813-825, out-dez/2001

FIORAVANTI, M. Público e Privado: Os Princípios Fundamentais da Constituição Democrática. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, n. 58, pp.7-24, 2013

FRÄNDBERG, Å. *From Rechtstaat to universal law-state: an essay in Philosophical Jurisprudence*. Dodrecht: Springer, 2014

FRANK, J., *Law and the modern mind*. Nova Iorque: Brentano's, 1930

FRANKENBERG, G. *A gramática da Constituição e do Direito*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

FREGE, G. Über Sinn und Bedeutung. *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, v. 100, pp. 25-50, 1892. Disponível na internet via: <https://www.philosophie.uni-konstanz.de/typo3temp/secure_downloads/67505/0/b51d76380917ce4e5b97c13aef5217f5f0a22942/Frege_Sinn_Bedeutung.pdf>. Última consulta em 30.07.2019

FROTA, P. M. C. Derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, n.52, pp.81-99, 2010

FULLER, L. *The morality of Law*. 2ª Ed., revista. New Haven: Yale University Press, 1969

GALLIE, W. B. Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 56, pp. 167-198, 1955-1956

GARGARELLA, R. Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latino-americano. *Anacronismo e irrupción: revista de Teoría y Filosofía Política clásica y moderna*, v. 3, n. 4, pp. 245-257, mai-nov. 2013

GERBER, D. J. Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language. In: RILES, A. (Ed). *Rethinking the Masters of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2001

GERCHMANN, S. R. e CATALAN, M. J. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, a. 22, n. 90, pp. 191-209, nov./dez. 2013

GIDI, A. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. In: GIDI, A., MAC-GREGOR, E. F. (Coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. 2ª Ed. Cidade do México: Porrúa, 2004

GILMORE, G. *The death of contract*. 2a Ed. Ohio: Ohio University Press, 1995

GODOY, C. L. B. *Função social do contrato*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GOMES, O. A caminho dos microssistemas. In: GOMES, O. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983

GOMES, O. A função do contrato. In: GOMES, O. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983

GOMES, O. Balanço resumido do Direito Civil. In: GOMES, O. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983

GOMES, O. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

GRAU, E. *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8ª Ed. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017

GRAU, E. Um novo paradigma dos contratos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 96, pp. 423-433, 2001

GRÜN, E. El Derecho Posmoderno: un sistema lejos del equilibrio. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, v. 21, n. 2, 1998

GUEDES, J. C. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

GUSTIN, M. B. S. e FONSECA, M. T. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: Teoria e Prática*. 4ª Ed., revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

GUTMANN, A. Prefácio a SCALIA, A. A matter of interpretation. Princeton: Princeton University Press, 1997

HADDAD, L. G. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013

HAFERKAMP, H. P. On the German history of method in five systems. *The German Law journal*, v. 17, n. 4, pp. 544-578, 2016

HAGE, J. *Studies in legal logic*. Dodrecht: Springer, 2005

HAGE, J. Three kinds of Coherentism. In: ARASZKIEWICZ, M. e ŠAVELKA, J. (Orgs.). *Coherence: Insights from Philosophy, Jurisprudence and Artificial Intelligence*. Dodrecht: Springer, 2013

HART, H. L. A. American Jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Claredon Press, 1983

HART, H. L. A. Analytical Jurisprudence in mid-twentieth century: a reply to Professor Bodenheimer. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 105, pp. 953-975, 1957

HART, H. L. A. Between utility and rights. In: HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Claredon Press, 1983

HART, H. L. A. Lon Fuller: The morality of Law. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Claredon Press, 1983

HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and Morals. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Claredon Press, 1983

HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*. New Series, v. 49, pp. 171-194, 1948-1949

HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Claredon Press, 1975

HEDEMANN, J. W. *Die Flucht in die Generalklauseln*: eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Mohr Siebeck, 1933

HESPANHA, A. M. *O Caleidoscópio do Direito*: o Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª Ed., reelaborada. Coimbra: Almedina, 2014

HESPANHA, A. M. Os modelos jurídicos do Liberalismo, do Fascismo e do Estado Social. Continuidades e rupturas. *Análise Social*, v. 37, n. 165, pp. 1285-1302, 2003

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009

HIRONAKA, G. M. F. N. Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito Privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 97, pp. 127-138, 2002

HOLLSTEIN, T. *Die Verfassung als 'Allgemeiner Teil'*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007

HORA NETO, J. O princípio da função social do contrato no Código Civil Brasileiro de 2002. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 14, pp. 38-48, abr.-jun./2003

IRTI, N. *Codice Civile e società politica*. Roma: Laterza, 1995

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 750, pp. 113-120, abr. 1998

JUNQUEIRA, T. Princípios contratuais no direito civil brasileiro: é tempo de redimensioná-los. *Revista Jurídica de Seguros*. Rio de Janeiro, n. 9, pp. 154-161, nov. 2018

KANAYAMA, R. L. Políticas públicas – entre o liberalismo e o paternalismo. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, a. 11, n. 42, pp. 213-231, abr./jun. 2013

KLEIN, V. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: CRV, 2015

KLEIN, V. *Contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da argumentação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

KOMÁREK, J. National constitutional courts in the European constitutional democracy. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, pp. 525-544, jul. 2014

KONDER, C. N. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 60, n. 1, pp. 193-213, jan-abr. 2015

KONDER, C. N. Para além da “principalização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 13, pp. 39-59, jul./set. 2017

KRESS, K. Legal indeterminacy. *California Law Review*, v. 77, n. 2, pp. 283-337, mar. 1989

LASSALLE, F. *O que é uma Constituição?* Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2007

LASZLO, E. *La gran bifurcación*. Barcelona: Gedisa, 1990

LEAL, F. Seis objeções ao Direito Civil Constitucional. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 33, Porto Alegre: PUCRS, out-dez 2015

LEONARDO, R. X. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 832, pp. 100-111, fev. 2005

LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 141, pp. 99-109, 1999

LÔBO, P. L. N. Direito Civil-Constitucional. In: TEIXEIRA, A. C. B. e RIBEIRO, G. P. L. (Coords.). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

LÔBO, P. L. N. *Direito Civil: Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2012

LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

LUZZATI, C. *El principio de autoridad y la autoridad de los principios: la genericidad del derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013

MACARIO, F. e LOBUONO, M. *Il Diritto Civile nel Pensiero dei Giuristi: un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*. Milão: CEDAM, 2010

MACCMORMICK, N. e SUMMERS, R. S. Introduction. In: MACCMORMICK, N. e SUMMERS, R. S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016

MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. Tradução de: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006

MACCORMICK, N. Argumentación e interpretación em el Derecho. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 33, pp. 65-78, 2010

MACCORMICK, N. Beyond the sovereign state. *The Modern Law Review*, v. 56, n. 1, pp. 1-18, jan. 1993

MACCORMICK, N. e WROBLÉWSKI, J. On justification and interpretation. In: KOCH, H. e NEUMANN, U. (Coords.). *Praktische vernunft und Rechtsanwendung*. Stuttgart: Franz Steiner, 1994

MACCORMICK, N. *Institutions of Law: an essay on legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007

MACCORMICK, N. *Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

MACCORMICK, N. Universales y particulares. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 32, pp. 127-150, 2009

MACEDO JUNIOR, R. P. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013

MARANHÃO, J. S. A. A Lógica no Direito: grandes expectativas e algumas desilusões. In: MARANHÃO, J. S. A. *Estudos sobre Lógica e Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013

MARANHÃO, J. S. A. *Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012

MARANHÃO, J. S. A. Von Wright e o silogismo prático como método de compreensão da ação. *Cognitio*, São Paulo, v. 7, n. 2, pp. 261-275, jul./dez. 2016

MARINONI, L. G. *A ética do precedente*: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014

MARINONI, L. G. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. 2ª Ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2018

MARTINS-COSTA, J. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre Estados e Cidadãos: a segurança jurídica como crédito de confiança. *Revista CEJ*, n. 27, pp. 110-210, out-dez 2004

MARTINS-COSTA, J. Autoridade e utilidade da doutrina. In: MARTINS-COSTA, J. (Org). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014

MARTINS-COSTA, J. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito/UFRGS*, v. 2, n. 4, pp. 575-639, 2004

MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista DireitoGV*, v. 1, n. 1, pp. 41-66, mai 2005

MAXEINER, J. Some realism about legal certainty in the globalization of the rule of law. *Houston Journal of International Law*, v. 31, n. 1, pp. 27-46, 2008

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

MELO, M. A. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. In: MIRANDA, J., BOLZAN DE MORAIS, J. L., RODRIGUES, S. T. e MARTÍN, N. B. (Coords). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016

MENGER, A. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. 4ª ed. Tübingen: H. Laupp'schen Buchhandlung, 1908

MICHELMAN, F. I. Constitutional authorship. In: ALEXANDER, L. *Constitutionalism: philosophical foundations*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1998

MIRAGEM, B. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 56, pp. 22-45, out./dez. 2015

MITIDIERO, D. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

von MISES, L. *Human action: a treatise on economics*. 4ª Ed. São Francisco: Fox & Wilkes, 1996

MITIDIERO, D. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MONTHOLON, C. T. Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène. *Apud*: RIVERA, R. M. Uma breve revisión histórica del *Code Napoléon*: solemne avenencia entre revolución y tradición. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 9, pp. 149-178, out. 2016

MORAES, B. T. e MAGALHÃES, F. P. Historicidade e relatividade dos institutos e a função promocional do Direito Civil. In: SCHREIBER, A. e KONDER, C. (Coords.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016

MOREIRA, E. B. Os princípios constitucionais da atividade econômica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, a. 53, v. 45, pp. 103-111, 2006

MOREIRA, E. B. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, a. 11, n. 44, pp. 87-118, out./dez. 2013

MOREIRA, V. *Economia e Constituição*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979

MOTA PINTO, C. A. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1993

MURAVIOV, V. e SVIATUM, O. Protection of human rights in the European Union. In: ARNOLD, R. (Org.). *The convergence of the fundamental rights protection in Europe*. Dordrecht: Springer, 2016

NALIN, P. A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 12, pp. 50-60, out./dez. 2002

NALIN, P. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 41, pp. 85-98, 2004

NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2ª Ed., revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2008

NALIN, P. e PIMENTEL, M. O contrato como ferramenta da realização dos Direitos Humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas. *Revista internacional CONSINTER de Direito*. Porto, a. 5, n. 8, pp. 459-478, jan.-jun./2019

NALIN, P. e SIRENA, H. C. Da *estrutura à função* do contrato: dez anos de um direito construído (estudos completos). *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Lisboa, a. 2, n. 12, pp. 13983-14024, 2013

NEVES, M. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2014

NINATTI, S. e ARCARI, M. Patterns of democracy in the case law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights. *XXXV Polish yearbook of International Law*, 2015. Disponível na Internet via: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-a7f38753-c522-4e42-b744-300c66fe28b6/c/06_Ninatti.pdf>. Última consulta em 14.05.2019

NORTH, D. Institutions. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, pp. 97-112, inverno de 1991

NUSSBAUM, M. Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice. *Feminist Economics*, v. 9(2-3), pp. 33-59, 2003

NUSSBAUM, M. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge: Harvard University Press, 2011

ORRÙ, G. *Richterrecht: il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Mião: Giuffrè, 1983

OST, F. e KERCHOVE, M. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988

OST, F. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Revista sobre enseñanza del Derecho*, a. 4, n. 8, pp. 101-130, 2007

OST, F. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. Tradução de Roberta Matzenbacher. *REDES: Revista eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 6, n. 1, pp. 93-115, mai. 2018

OST, F. Tiempo y contrato: crítica del pacto fáustico. Tradução de Vitória Roca. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 25, pp. 597-626, 2002

PAULSON, S. L. On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 1, pp. 17-40, 2006

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 6, pp. 215-229, Madrid: Universidad Complutense, 1990

PEDRÓN, A. P. La segunda codificación. In: CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES. *Seguridad jurídica y codificación*. Madrid: J. San José S.A., 1999

PEDRÓN, A. P. Prólogo. In: CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES. *Seguridad jurídica y codificación*. Madrid: J. San José S.A., 1999

PEDROSA, L. La autonomía privada y la libertad contractual: evolución conceptual y análisis de las recientes alteraciones em el Código Civil Brasileño. *Revista Crítica de Derecho Privado*. Montevideu, n. 16, pp. 367-394, 2019

PENTEADO, L. C. *Direito das Coisas*. 2ª Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

PENTEADO, L. C. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007

PENTEADO, L. C. *Integração de contratos incompletos*. Tese de Livre Docência. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2013

PERERA, A. C. *El Derecho Civil*: señas, imagenes y paradojas. Madrid: Tecnos, 1988

PEREIRA, D. S. P. e MENDES, E. H. Função, funcionalização e função social. In: SCHREIBER, A. e KONDER, C. N. (Coords.) *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016

PEREIRA-MENAUT, A. C. e PEREIRA-SAÉZ, M. C. Human dignity and European constitutionalism: *flatus vocis* or *ratio decidendi*? In: ARNOLD, R. (Org.). *The convergence of the fundamental rights protection in Europe*. Dordrecht: Springer, 2016

PERLINGIERI, P. Legal principles and values. *Italian Law Journal*, n. 3, pp. 125-147, 2017

PERLINGIERI, P. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

PERLINGIERI, P. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª Ed., 2002

PIANOVSKI RUZYK, C. E. A importância de uma Teoria (Geral) do Direito Civil. In: TEIXEIRA, A C. B. e LEITE, G. P. L. (Coords). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

PIANOVSKI RUZYK, C. E. Dignidade humana. In: CLÈVE, C. M. (Coord). *Direito constitucional brasileiro*. V.1: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

PIANOVSKI RUZYK, C. E. e BÜRGER, M. L. D. M. A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato. *Civilística.com*, a. 6, n. 2, 2017

PIANOVSKI RUZYK, C. E. *Institutos fundamentais de Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011

PIANOVSKI RUZYK, C. E. O caso das “pílulas de farinha” como exemplo da construção jurisprudencial de um “Direito de Danos” e da violação da liberdade positiva como “dano à pessoa”. In: FRAZÃO, A. e TEPEDINO, G. (Coords.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

PIANOVSKI RUZYK, C. E. Teoria Crítica de Luiz Edson Fachin e a Superação do Positivismo Jurídico (Prefácio). In: FACHIN, L. E. *Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*, 3ª Ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

PINHEIRO, R. F. e GLITZ, F. E. Z. A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso “Zeca Pagodinho”. In: TEPEDINO, G. e FACHIN, L. E. (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

PINO, G. The place of legal positivism in contemporary constitutional states. *Law and Philosophy*, n. 5, v. 8, pp. 513-535, set. 1999

PINTO MONTEIRO, A. Interpretação e o protagonismo da doutrina. *Revista Fórum de Direito Civil*. Belo Horizonte, a.4, n.10, pp.291-307, set-dez/2015

POKOL, B. *The juristocratic State: its victory and possibility of taming*. Budapeste: Dialóg Campus Kiadó, 2017

PORTINARO, P. P. Beyond the Rule of Law: judges' tyranny or lawyers anarchy? In: COSTA, P. e ZOLO, D. *The rule of law: History, Theory and Criticism*. Dodrecht: Springer, 2007

POSCHER, R. An intentionalist account of vagueness: a Legal perspective. In: KEIL, G. e POSCHER, R. (Orgs.). *Vagueness and Law: Philosophical and Legal perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016

POSCHER, R. Legal construction between Legislation and Interpretation. In: von HEIN, J. *et al* (Orgs.). *Relationship between the Legislature and the Judiciary: contributions to the 6th Seoul-Freiburg Law Faculties Symposium*. Baden-Baden: Nomos, 2017

POSCHER, R. The hand of Midas: when concepts turn legal, or deflating the Hart-Dworkin debate. In: HAGE, J. e PFORDTEN, D. (Orgs.). *Concepts in Law*. Dodrecht: Springer, 2009

POSCHER, R. Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand. *Rechtswissenschaft*, n. 4, pp. 349-372, 2010

PÜSCHEL, F. P. e AQUINO, T. M. Segurança jurídica e coerência: uma reflexão sobre a uniformização de jurisprudência a partir da responsabilidade por abandono afetivo no STJ. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, n. 64, n. 2, pp. 184-204, mai.-ago./2019

QUEIROZ BARBOZA, E. e ROBL FILHO, I. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise de sua utilização no Brasil contemporâneo. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*. Belo Horizonte, a. 12, n. 39, pp. 79-97, jul./dez. 2018

QUEIROZ BARBOZA, E. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014

RADBRUCH, G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, v.1, n.5, 1946

RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*. 2^a Ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1932

RAZ, J. Legal principles and the limits of law. *The Yale Law Journal*, v. 81, pp. 823-854, 1972

REALE, M. Visão geral do Novo Código. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, n. Especial, pp. 38-44, fev./jun. 2002

REIS, T. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do Direito Civil-Constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, a. 4, pp. 213-238, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun 2017

RINCÓN-COVELLI, T. El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia. *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 14, n. 2, pp. 71-106, 2012

RODOTÀ, S. *El derecho a tener derechos*. Tradução de José Manuel Revuelta López. Madrid: Trotta, 2014

RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019

RODRIGUES JUNIOR, O. L. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). In: MENDES, G. F. e STOCO, R. (Orgs.). *Doutrinas essenciais de Direito Civil: Parte Geral*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

RODRIGUES JUNIOR, O. L. Estatuto epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, a.11, n.143, pp.43-66, 2011

RODRIGUES JUNIOR, O. L., NUNES-FRITZ, K. e RODAS, S. Entrevista com Stefan Grundmann. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 9, a. 3, pp. 337-350, out-dez. de 2016

RODRIGUEZ, J. R. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade judicial e escolhas legislativas. *Analisi e Diritto*, pp. 129-152, 2012

ROPPO, E. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009

ROSS, A. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genario Carró. Buenos Aires: EUDEBA, 1963

RÜTHERS, B. *Die unbegrenzte Auslegung*. 6ª Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005

SALAMA, B. De que forma a economia ajuda o profissional e o estudioso do direito? *Economic Analysis of Law Review*. Brasília, a. 1, v. 1, n. 1, pp. 4-6, jan./jun. 2010

SALDANHA, N. O Direito Constitucional comporta “princípios gerais”? *Revista de Direito Público e Ciência Política*, v. VIII, n. 2, 127-133, mai-ago 1965

SALOMÃO FILHO, C. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*, v. 823, pp. 67-86, mai. 2004

SARMENTO, D. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. Disponível na Internet via: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Última consulta em 05.10.2019

SCALIA, A. Common-Law Courts in a Civil-Law System: the role of United States Federal Courts in interpreting the Constitution and laws. In: SCALIA, A. *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997

SCHAUER, F. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in Law and in Life*. Oxford: Claredon Press, 2002

SCHAUER, F. Rules, the rule of law, and the constitution. *Constitutional commentary*, n. 352, pp. 69-85, 1989. [online]. Disponível na Internet via: <<https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1362&context=comm>>. Última consulta em 21.01.2019

SCHIFFER, S. Philosophical and jurisprudential issues of vagueness. In: KEIL, G. e POSCHER, R. (Orgs.). *Vagueness and Law: Philosophical and Legal perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016

SCHMIDT, J. P. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. Rio de Janeiro: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 40, out/dez. 2009

SCHMIDT, J. P. Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis. *DBJV Mitteilungen*, n. 2, pp.34-47, 2014

SCHREIBER, A. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, A. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013

SCHREIBER, A. e KONDER, C. N. Uma agenda para o Direito Civil-Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 10, pp. 9-27, out-dez 2016

SCHREIBER, A. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2018

SCHREIBER, A. e NEVARES, A. L. M. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, G. *et al.* *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016

SCIALOJA, V. Diritto pratico e diritto teórico. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligationi*, v. IX, pp. 941-948, 1911

SEN, A. Capability and well-being. In: NUSSBAUM, M. e SEN, A. (Orgs.). *The quality of life*. Oxford: Claredon Press, 1993

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. 6ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2010

SEN, A. Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individual Freedoms. *Oxford Economic Papers*, v. 45, n. 4, pp. 519-539, 1993

SESSAREGO, C. F. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, v. 5, n. 2. 2017

SESSAREGO, C. F. Protección a la persona humana. In: ADORDO, L., CIFUENTES, S., *et al.* *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1993

SFORZA, W. C. Crisi dela Libertà e Crisi dela Legge. In: CASTELLI, E. (Org.). *La Crisi dei Valori*. Roma: Casa Editrice Partenia, 1945

SGARBOSSA, L. F. O conceito de derrotabilidade normativa: noções fundamentais e análise crítica. In: SERBENA, C. A. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012

SILVA, A. F. e RODRIGUES, S. T. Diálogos entre a Hermenêutica Filosófica e o Neoconstitucionalismo: entre arbítrios e correções. In: MIRANDA, J., BOLZAN DE MORAIS, J. L., RODRIGUES, S. T. e MARTÍN, N. B. (Coords). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016

SIECKMANN, J. R. Prinzipien, ideale Sollen und normative Argumente. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Stuttgart, v. 97, n. 2, pp. 178-197, 2011

SIECKMANN, J. R. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990

SIECKMANN, J. E. Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien. In: KOCH, H. e NEUMANN, U. (Coords.). *Praktische vernunft und Rechtsanwendung*. Stuttgart: Franz Steiner, 1994

SILVA, V. A. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011

SILVA, V. A. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, A., PIOVESAN, F. e ANTONIAZZI, M. M. (Orgs). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SOUZA, C. F. M. Princípios gerais de direito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 38, n. 152, pp. 103-114, out./dez. 2001

SOUZA, E. N. Invalidades negociais em perspectiva funcional: ensaio de uma aplicação ao planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, D. (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019

SOUZA NETO, C. P. e MENDONÇA, J. V. S. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, C. P. e SARMENTO, D. (Coords.). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

STEINMETZ, W. Segurança jurídica hoje: princípio da proteção à confiança. In: CLÈVE, C. M. *Direito Constitucional brasileiro: Teoria da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

STRECK, L. L. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, pp. 2-37, jul-dez 2011

STRECK, L. L. Diferença entre regras e princípios. In: STRECK, L. L. *Dicionário de Hermenêutica Jurídica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017

STRECK, L. L. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, pp. 7-21, abr-jun 2012

STRECK, L. L. Hermenêutica e jurisdição constitucional: o problema da discricionariedade nas teses neoconstitucionalistas. In: MIRANDA, J., BOLZAN DE MORAIS, J. L., RODRIGUES, S. T. e MARTÍN, N. B. (Coords). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016

STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

STRECK, L. L. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, a. 1, n. 1, pp. 65-77, jan-jun 2009

STRECK, L. L. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017

STRENGER, I. *Da dogmática jurídica: contribuição do Conselheiro Ribas à dogmática do Direito Civil Brasileiro*. 2ª Ed., revista e aumentada. São Paulo: LTr, 66

SUNDFELD, C. A. Que Constituição? In: SUNDFELD, C. A. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012

SZTAJN, R. Mercados e a função social do contrato. *Revista de Direito Empresarial*. São Paulo, v. 12, pp. 19-33, nov./dez. 2015

TARTUCE, F. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2007

TEPEDINO, G. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, G. (Coord). *O Código Civil na perspectiva Civil—Constitucional: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013

TEPEDINO, G. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, G.; TEIXEIRA, A. C. Brochado; ALMEIDA, V. (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016

TEPEDINO, G. Prefácio a NEVARES, A. L. M. *A função promocional do testamento*: tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

TEPEDINO, G. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

TERRA, A. M. V., KONDER, C. N. e CRUZ GUEDES, G. S. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In: TERRA, A. M. V., KONDER, C. N. e CRUZ GUEDES, G. S. (Coords.). *Princípios contratuais aplicados*: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência. Indaiatuba: Foco, 2019

TERRA, A. M. V. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, A. e KONDER, C. N. (Coords.) *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016

THALER, R. H. e SUNSTEIN, C. R. Libertarian paternalism. *The American Economic Review*, v. 93, n. 2, p. 175-179, mai. 2003

THEODORO JUNIOR, H. A onda reformista do Direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, v. 1, n. 1, pp. 92-120, abr. 2006

THEODORO JUNIOR, H. *O contrato e sua função social*: a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014

TIMM, L. B. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo social. In: TIMM, L. B. *O novo direito civil*: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

TIMM, L. B. Aspectos gerais: pressupostos teóricos do novo Código Civil. In: TIMM, L. B. *O novo direito civil*: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

TIMM, L. B. *Direito contratual brasileiro*: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015

TIMM, L. B. Direito, mercado e função social. In: TIMM, L. B. *O Novo Direito Civil*: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

TOMASEVICIUS FILHO, E. A função social do contrato: conceitos e critérios de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42, n. 168, pp. 197-214, out./dez. 2005

TOMASEVICIUS FILHO, E. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 940, pp. 49-76, fev. 2014

TORRES, H. T. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

TRIBE, L. Comment. In: SCALIA, A. *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997

VELLUZZI, V. "Interpretación sistemática": ¿Un concepto realmente útil?: consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 21, v. 1, pp. 65-82, 1998

VELLUZZI, V. *Le clausole generali*: semântica e política del diritto. Milão: Giuffrè, 2010

VICENTE, D. M. A autonomia privada e seus significados no Direito Comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, a.3, v. 8, pp. 275-302, jul./set. 2016

VILLELA, J. B. O problema das lacunas do Ordenamento Jurídico e os métodos para resolvê-lo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 12, pp. 221-230, 1961

VOJVODIC, A. M., MACHADO, A. M. F. e CARDOSO, E. L. C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e o processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, 5(1), pp. 21-44, jan-jun/2009

WALD, A. Um novo Direito para a nova Economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, M. H. e LISBOA, R. S. *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003

WARAT, L. A. *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988

WATSON, A. Legal culture v. legal tradition. In: HOECKE, Mark v. (Org.). *Epistemology and methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004

WRBKA, S. Comments on legal certainty from the perspective of European, Austrian and Japanese Private Law. In: FENWICK, M. e WRBKA, S. (Orgs.). *Legal certainty in a contemporary context: Private and Criminal Law Perspectives*. Dordrecht: Springer, 2016

YOUNG, I. M. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 2011

ZANETI JUNIOR, H. Cortes Supremas e Intepretação do direito. In: GALLOTTI, I. *et al* (Coords.). *O Papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

ZIMMERMANN, A. Constitutions without Constitutionalism: the failure of Constitutionalism in Brazil. In: SELLERS, M. e TOMASZEWSKI, T. (Orgs.). *The Rule of Law in Comparative Perspective*. Dodrecht: Springer, 2010

ZIMMERMANN, R. *The New German Law of Obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005